



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

**LA RESPONSABILIDAD POR LOS DIAGNÓSTICOS
PRECONCEPTIVOS Y PRENATALES**

(LAS LLAMADAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE*)

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA MADRID
REGISTRO GENERAL

Entrada 01 Nº. 200300012580
08/09/03 13:50:10

ANDREA MACÍA MORILLO

Madrid
Septiembre 2003

R.D. 131.567
30 cm. (12)
UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA DE
MADRID
F. DE DERECHO
BIBLIOTECA



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO**

**LA RESPONSABILIDAD POR LOS DIAGNÓSTICOS
PRECONCEPTIVOS Y PRENATALES**

(LAS LLAMADAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE*)

**Tesis doctoral presentada por ANDREA
MACÍA MORILLO, para la obtención del
grado de Doctor, realizada bajo la
dirección del Prof. Dr. D. JOSÉ M.^a
MIQUEL GONZÁLEZ, Catedrático de
Derecho civil.**

**Madrid
Septiembre 2003**

ÍNDICE

CAPÍTULO I

LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y

WRONGFUL LIFE. PLANTEAMIENTO DE SU PROBLEMÁTICA

1. EL CAMBIO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA HASTA LA APARICIÓN DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD RELACIONADAS CON EL NACIMIENTO	1
1.1. La responsabilidad civil como institución necesaria para el desarrollo de la convivencia y del tráfico económico.....	1
1.2. Los cambios en la institución tradicional de la responsabilidad. El aumento cuantitativo y cualitativo de las demandas de responsabilidad	4
1.3. Las demandas de responsabilidad médica como ejemplo de estas tendencias de la responsabilidad civil.....	10
1.4. Las acciones de responsabilidad relacionadas con el inicio de la vida.....	17
1.4.1. Una muestra del incremento cualitativo de la responsabilidad civil médica.....	17
1.4.2. Distinción entre los diversos supuestos de responsabilidad asociados al nacimiento de un niño.....	22
1.4.2.1. Nacimiento no deseado de un niño sano. Acciones de <i>wrongful conception</i>	26
1.4.2.2. Nacimiento de un niño con defectos o enfermedades.....	32
1.4.2.2.1. La responsabilidad por causación directa e indirecta del daño.....	32
1.4.2.2.2. Las acciones de responsabilidad por procreación irresponsable. Defectos o enfermedades causadas por los progenitores	36
1.4.2.2.3. Las acciones de <i>wrongful birth</i> y <i>wrongful life</i> : presentación	41
2. ESTUDIO DE LAS ACCIONES DE <i>WRONGFUL BIRTH</i> Y <i>WRONGFUL LIFE</i>	47
2.1. Elementos principales: el daño reclamado, la víctima y el agente productor del daño	49

2.2. Situación del problema. El supuesto de hecho del que parten estas acciones: el daño de la vida o por la vida.....	55
2.2.1. El rechazo a la aplicación de la responsabilidad como vía de solución frente a la situación de los progenitores y del niño.....	59
2.2.1.1. Premisa: la responsabilidad no es el instrumento adecuado en estos casos	59
2.2.1.2. Vías alternativas de solución del conflicto.....	63
2.2.2. La dificultad de ceñir la argumentación a una perspectiva jurídica.....	67
2.2.2.1. Argumentos en contra de este tipo de acciones.....	69
2.2.2.1.1. La causación de un trauma al niño y la lesión de su dignidad como persona.....	69
2.2.2.1.2. La pureza de la raza.....	71
2.2.2.1.3. Control de las consecuencias derivadas de la aceptación o del rechazo de estas acciones	75
2.2.2.2. Argumentos a favor de este tipo de acciones	81
2.2.2.2.1. La incoherencia de aplicar un distinto tratamiento a ambas acciones.....	81
2.2.2.2.2. La conmiseración que suscita el «pobre niño» y la salvaguarda o garantía de su posición	83
2.3. Tratamiento doctrinal, legal y jurisprudencial de las acciones de <i>wrongful birth</i> y <i>wrongful life</i>	87
2.3.1. Derecho comparado	90
2.3.1.1. Estados Unidos.....	90
2.3.1.2. Gran Bretaña	93
2.3.1.3. Francia.....	96
2.3.1.4. Italia	100
2.3.1.5. Alemania	103
2.3.2. El caso español.....	106

CAPÍTULO II

LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD Y SU APLICACIÓN A LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE*

1. LOS DIVERSOS SISTEMAS O RÉGIMENES DE RESPONSABILIDAD.....	111
--	-----

1.1. Responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual, responsabilidad civil derivada de delito y responsabilidad administrativa	111
1.1.1. Presupuestos de aplicación de cada sistema de responsabilidad	113
1.1.2. La incardinación de la responsabilidad médica en general y de las acciones de <i>wrongful birth</i> y <i>wrongful life</i> en particular.....	117
1.2. Los elementos de la responsabilidad	121
1.2.1. Enumeración de los elementos requeridos por todo sistema de responsabilidad	121
1.2.2. El problema de la antijuridicidad.....	123
 2. LA CONCURRENCIA DE LOS DIVERSOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD EN RELACIÓN A LAS ACCIONES DE <i>WRONGFUL BIRTH</i>	128
2.1. La regla general y sus excepciones	128
2.1.1. La responsabilidad contractual	128
2.1.2. Primera excepción: la responsabilidad administrativa.....	129
2.1.3. Segunda excepción: el contrato celebrado con persona distinta del responsable	133
2.1.4. Tercera excepción: el contrato celebrado por sólo uno de los progenitores	138
2.2. Las formas contractuales	142
2.2.1. El contrato de arrendamiento de servicios como forma contractual general	142
2.2.2. El contrato de obra como excepción.....	146
2.2.3. La distinción entre ambos tipos contractuales de cara a la responsabilidad	155
 3. LA CONCURRENCIA DE LOS DIVERSOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD EN RELACIÓN A LAS ACCIONES DE <i>WRONGFUL LIFE</i>	157
3.1. La regla general: la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad administrativa	157
3.2. Las posibles excepciones.....	161
3.2.1. Celebración del contrato por el niño o en su nombre	161
3.2.2. Celebración de un contrato del que el niño no es parte inicial	168
3.2.2.1. El contrato con persona por designar.....	169
3.2.2.2. El contrato a favor de tercero.....	170

3.2.3. La gestión de negocios ajenos sin mandato o <i>negotiorum gestio</i>	177
---	-----

CAPÍTULO III

LA CULPA Y OTROS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

1. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	185
2. LA RESPONSABILIDAD POR HECHO PROPIO.....	187
2.1. La culpa o negligencia como presupuesto general de imputación subjetiva en las acciones de <i>wrongful birth</i> y <i>wrongful life</i>	192
2.2. El parámetro de la <i>lex artis</i> como determinante del comportamiento diligente en las profesiones médicas.....	196
2.3. El contenido general de la <i>lex artis</i> y la negligencia en materia de <i>wrongful birth</i> y <i>wrongful life</i>	200
2.3.1. El deber de competencia profesional	204
2.3.1.1. El contenido básico y la precisión de sus límites	205
2.3.1.1.1. Enunciado de este deber y concreción a lo largo del proceso de diagnóstico	205
2.3.1.1.2. La indeterminación de la ciencia médica como límite de este contenido básico. Replanteamiento del concepto de «falso negativo»	213
2.3.1.1.3. El estado de la ciencia y de la técnica como criterio delimitador.....	216
2.3.1.2. El contenido complementario	219
2.3.1.2.1. El seguimiento de protocolos y normativa médica	219
2.3.1.2.2. El deber de competencia y el término esencial en la prestación sanitaria.....	221
2.3.1.2.3. El control de la actividad.....	223
2.3.1.2.4. Los límites de la propia competencia	229
2.3.2. El deber de información.....	231
2.3.2.1. La doble perspectiva del deber de información y su distinta relevancia de cara a las acciones de <i>wrongful birth</i> y <i>wrongful life</i>	231
2.3.2.2. Contenido y extensión.....	235

2.3.2.3. Características de la información.....	241
2.3.2.4. Forma de la información.....	245
2.3.3. El deber de asistencia	246
2.3.3.1. Contenido en general	246
2.3.3.2. Su reflejo en relación a las acciones de <i>wrongful birth</i> y <i>wrongful life</i>	248
2.3.4. El deber de secreto.....	250
2.3.4.1. Enunciado y límites	250
2.3.4.2. Relación con las acciones de <i>wrongful birth</i> y <i>wrongful life</i>	251
2.4. La adaptación de la diligencia al caso concreto. La <i>lex artis ad hoc</i>	254
2.4.1. Circunstancias de las personas.....	254
2.4.2. Circunstancias de tiempo.....	257
2.4.3. Circunstancias de lugar.....	258
2.4.4. Los condicionamientos económicos.....	260
 3. LA RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA.....	 265
3.1. El juego de la imputación de responsabilidad por hecho ajeno.....	265
3.2. Supuestos de responsabilidad por hecho ajeno en el marco sanitario	270
3.2.1. Asistentes y auxiliares	273
3.2.2. Sustitutos	274
3.2.3. Estudiantes, residentes y profesionales sometidos a supervisión	277
3.2.4. Personas jurídicas y ejercicio en general de la profesión por cuenta ajena.....	280
3.2.5. Equipos o grupos médicos.....	286
 4. LAS EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL	 289
4.1. La responsabilidad por <i>wrongful birth</i> y <i>wrongful life</i> en el marco de la LGCDU	291
4.2. La responsabilidad por <i>wrongful birth</i> y <i>wrongful life</i> en el marco de la responsabilidad objetiva de la Administración.....	296
4.3. La responsabilidad por <i>wrongful birth</i> y <i>wrongful life</i> en el marco de una relación médica contractual.....	305

CAPÍTULO IV

EL DAÑO

1. LA DISTINTA ENTIDAD DEL DAÑO EN LAS ACCIONES DE <i>WRONGFUL BIRTH</i> Y EN LAS ACCIONES DE <i>WRONGFUL LIFE</i>	311
2. EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE <i>WRONGFUL BIRTH</i>	312
2.1. La dificultad de establecer un daño en las acciones de <i>wrongful birth</i> y soluciones al problema: la vida como daño frente a la teoría de la separación (<i>Trennungslehre</i>)	312
2.1.1. El problema de la vida como daño.....	312
2.1.2. La teoría de la separación (<i>Trennungslehre</i>).....	318
2.2. Argumentos para la identificación de la existencia de un daño.....	326
2.2.1. Argumentos centrados en las posibilidades de actuación de los progenitores respecto de la descendencia futura.....	327
2.2.1.1. Privación del libre ejercicio de la libertad de procreación o de la decisión sobre la facultad de aborto	328
2.2.1.2. Pérdida de oportunidades (<i>perte de la chance</i>)	344
2.2.2. Daño por lesión del derecho de información	349
2.2.3. Daño moral por el comportamiento del profesional sanitario: la falta de preparación psicológica para el nacimiento del niño	358
2.2.4. Daño moral y daño patrimonial <i>par ricochet</i> o de rebote derivado de la condición enferma del niño discapacitado	365
2.3. El argumento en contra de la existencia de un daño: la compensación o eliminación del daño por el beneficio de la paternidad	372
2.4. La afirmación del daño en las acciones de <i>wrongful birth</i> y su valoración	378
3. EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE <i>WRONGFUL LIFE</i>	385
3.1. La dificultad de establecer un daño por el hecho de la vida y los intentos de separar el daño	385
3.1.1. El daño por el hecho de vivir y su triple rechazo.....	385
3.1.1.1. La vida como beneficio.....	386
3.1.1.2. La imposibilidad de calificar a la vida como daño.....	390
3.1.1.3. La dificultad o imposibilidad de identificar un daño por el hecho de vivir.....	392

3.1.2. Intentos de fijación del daño al margen de la vida del niño	398
3.1.2.1. Teorías doctrinales y jurisprudenciales que buscan afirmar un daño distinto de la vida del niño	399
3.1.2.1.1. Los defectos o enfermedades del niño como daño.....	399
3.1.2.1.2. Privación a la madre de la facultad de abortar o privación a los progenitores de la facultad de decidir sobre la descendencia futura.....	403
3.1.2.1.3. Daño por lesión del «derecho a no nacer»	406
3.1.2.2. Identificación de otros posibles daños independientes respecto de la vida	412
3.1.2.2.1. Privación del derecho a la información.....	412
3.1.2.2.2. Pérdida de oportunidades	416
3.1.3. La falta de legitimación del niño para reclamar cualquier daño.....	419
3.2. Planteamiento de las dudas sobre el principio general de negación del daño en el hecho de la vida y de los argumentos contrarios al mismo	422
3.2.1. La vida discapacitada como fuente de daños.....	424
3.2.2. Relativización del bien vida.....	432
3.2.3. Subjetivización del daño por el hecho de vivir.....	439
3.3. Los daños patrimoniales	443

CAPÍTULO V

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

1. ESTABLECIMIENTO DE UNA RELACIÓN DE CAUSALIDAD FÁCTICA ENTRE LA CONDUCTA DEL AGENTE Y EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE <i>WRONGFUL BIRTH</i> Y <i>WRONGFUL LIFE</i>	447
1.1. Planteamiento.....	447
1.2. La dificultad de establecer la relación de causalidad en las acciones de <i>wrongful birth</i> y <i>wrongful life</i>	450
1.2.1. Los obstáculos al establecimiento de una relación de causalidad en las acciones de <i>wrongful birth</i> y <i>wrongful life</i> según doctrina y jurisprudencia	452
1.2.1.1. La falta de causación del mal o defecto por parte del profesional sanitario.....	453

1.2.1.2. La causalidad hipotética o el curso causal no verificable	455
1.2.1.3. La conducta alternativa conforme a derecho.....	462
1.2.2. La aplicación de las teorías tradicionales de causalidad	464
1.2.2.1. La fórmula de la <i>condicio sine qua non</i>	465
1.2.2.2. El fracaso de las teorías alternativas a la fórmula de la <i>condicio sine qua non</i>	469
1.2.2.3. Las teorías de causalidad no tradicionales	473
1.3. El estudio de la relación de causalidad de acuerdo con la consideración de los diversos supuestos involucrados.....	477
1.3.1. La relación de causalidad en la fase preconceptiva	479
1.3.1.1. Los daños relacionados con eventos anteriores al nacimiento: privación de la libertad de procreación	479
1.3.1.2. Los daños relacionados con eventos posteriores al nacimiento: la vida del niño y los daños de rebote	485
1.3.2. La relación de causalidad en los supuestos de diagnóstico prenatal	488
1.3.2.1. Los daños relacionados con eventos anteriores al nacimiento: la privación de la facultad de interrupción del embarazo y el daño moral por la falta de preparación psicológica ante el nacimiento	489
1.3.2.2. Los daños relacionados con eventos posteriores al nacimiento: la vida del niño y los daños de rebote	490
1.3.3. La relación de causalidad en los supuestos de diagnóstico indirecto.....	496
1.4. La interrupción del nexo causal	498
1.4.1. El caso fortuito y la fuerza mayor.....	499
1.4.2. La culpa de la víctima y su intervención en la causación del daño.....	504
1.4.3. Intervención de tercero	510
 2. EL ASPECTO JURÍDICO DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD: LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LAS ACCIONES DE <i>WRONGFUL BIRTH</i> Y <i>WRONGFUL LIFE</i>	515
2.1. La imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual.....	519
2.1.1. La teoría de la causalidad adecuada.....	520
2.1.2. El fin de protección de la norma	523
2.1.3. Criterios específicos de imputación objetiva como excepciones a la regla general.....	528
2.1.3.1. El riesgo general de la vida (<i>allgemeine Lebensrisiko</i>).....	529

2.1.3.2. La asunción del riesgo por la víctima	532
2.1.3.3. El principio de confianza	539
2.1.3.4. El incremento del riesgo (<i>Risikoerhöhung</i>)	543
2.2. La imputación objetiva en la responsabilidad contractual.....	547
2.2.1. Criterio de imputación objetiva contractual	547
2.2.2. El deudor de buena fe	549
2.2.3. El deudor doloso.....	553
2.3. La imputación objetiva en la responsabilidad objetiva	555
CONCLUSIONES	561
LISTA DE SENTENCIAS	569
BIBLIOGRAFÍA	579

CAPÍTULO I

LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE*. PLANTEAMIENTO DE SU PROBLEMÁTICA

1. EL CAMBIO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL. LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA HASTA LA APARICIÓN DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD RELACIONADAS CON EL NACIMIENTO

1.1. La responsabilidad civil como institución necesaria para el desarrollo de la convivencia y del tráfico económico

1. A través de la responsabilidad civil, el Ordenamiento establece para una persona —física o jurídica— un deber de reparar los daños causados en el desarrollo de una relación contractual o como consecuencia de un comportamiento activo u omisivo. Tal deber surge, en general, siempre que entre el hecho lesivo y el daño se pueda establecer un nexo de causalidad y siempre que tal comportamiento sea imputable a una determinada persona.

2. Mediante este traspaso o endoso del daño desde la víctima hacia el causante se intentan distribuir los infortunios que se generan a través de la convivencia en sociedad¹. De la actuación de cualquier sujeto, sea o no conforme a derecho, pueden derivarse daños a otras personas que no están obligadas a soportarlos, bien por no haber sido asumido su riesgo a través del contrato celebrado, bien porque, en general, no exista una norma que imponga tal sacrificio. Solucionar este problema a través de la prohibición de estas conductas dañosas obstaculizaría gravemente al tráfico jurídico y económico. Por este motivo, el sistema jurídico optó desde antiguo por arbitrar un instrumento a través del cual se establecía la obligación de reparación a las víctimas a cargo de los causantes, permitiendo a la vez la realización de las actuaciones potencialmente lesivas².

¹. Díez-PICAZO (*Derecho de daños*, Civitas, Madrid 1999, pp. 41-42). Igualmente, entre los autores estadounidenses, KELLEY («Wrongful life, wrongful birth, and justice in tort law», *Washington University Law Quarterly*, 1979 (4), p. 923), afirma: «the purpose of tort law is to provide a mechanism for the just allocation of burdens occasioned by harm one person causes another». Para determinar lo que es justo en estos casos, se refiere el autor a la existencia de dos teorías: la de la justicia colectiva y la de la justicia social (pp. 924-934).

². Como señala DE CUPIS (*El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Traducción de la 2ª edición italiana por A. Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona 1975, p. 184), la reacción contra el daño: «es un fenómeno jurídico elemental o primordial que se presenta en los umbrales de la historia del derecho». Por lo que respecta a nuestros antecedentes más remotos, en el derecho romano ya se conocía la responsabilidad. Pese a que

El instituto de la responsabilidad surge, pues, como una institución que contribuye al desarrollo y a la paz social³, un medio para lograr una satisfactoria composición de los intereses en conflicto, permitiendo el desarrollo de la actividad económica, a la vez que la satisfacción de quienes no se ven involucrados directamente en dicha actividad o que carecen de un deber jurídico de soportar sus consecuencias⁴. De esta manera, se logra continuar con el desarrollo social, a la vez que se mantiene el bienestar general.

no fuera ése el término con el cual se designaba esta institución –pues, como señala Díez-PICAZO, el verbo *respondere* se empleaba para designar las respuestas ofrecidas por los juristas a las consultas planteadas («La responsabilidad civil hoy», *ADC*, 1979, pp. 730-731) y todavía en el siglo XVIII, según CASTÁN VÁZQUEZ («Los conceptos básicos de la responsabilidad civil en el Diccionario de Autoridades de la Real Academia Española», en *Estudios de responsabilidad en homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Dykinson-Ciudad Argentina, Madrid 2001, p. 71) y MAZEAUD y TUNC (*Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo Primero, Volumen I, Traducción de la 5ª edición de L. Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1961, p. 1), eran prácticamente desconocidos los términos «responsabilidad» y «responsable»–, existía el deber de responder, tanto en su vertiente contractual (a través de las acciones *ex contractu*), como en su vertiente extracontractual (a través de la *lex Aquilia*, que, por primera vez introdujo la posibilidad de sustituir la pena de daños por su reparación, sin necesidad de pacto y con carácter general (REGLERO CAMPOS, «Conceptos generales y elementos de delimitación», en *Tratado de responsabilidad civil*, Coordinado por L.F. Reglero Campos, Aranzadi, Elcano (Navarra) 2002, p. 46). Para una visión detallada del derecho romano, ver Díez-PICAZO (*Daños...*, pp. 65-72); MAZEAUD y MAZEAUD (*Lecciones de derecho civil, Parte Segunda*, Volumen II, Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1960, pp. 68-69) y MAZEAUD y TUNC (*Tratado I...*, pp. 428-430).

³. Así, según FERNÁNDEZ COSTALES (*La responsabilidad civil sanitaria. Médica y de enfermería*, La Ley-Actualidad, Madrid 1995, p. 10), la finalidad de la responsabilidad es: «asegurar a la persona un equilibrio, una justicia social e individual, constituyendo una de las piezas angulares del sistema jurídico». La idea, en realidad, es muy antigua, pues ya se enunciaba en el Digesto que el no causar a otro un daño era uno de los tres grandes pilares sobre los que se asienta el Derecho (D. 1.2.10.1: *iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*).

⁴. De hecho, el instituto de la responsabilidad civil muestra la lucha de intereses contrapuestos. El riesgo de extender la responsabilidad a cualquier daño experimentado por los sujetos en el tráfico es remarcado por SCHÄFER y OTT (*Manual de análisis económico del derecho civil*, Traducción de M. von Carstenn-Lichterfelde, Tecnos, Madrid 1991, p. 153) cuando advierten de que: «se paralizaría la comunicación social en muchas esferas de la vida, produciéndose, en última instancia, un totalitarismo del derecho a la indemnización por daños que controlaría todos los procesos sociales». Por otro lado, la idea del conflicto es puesta de relieve por REGLERO CAMPOS: «uno de los problemas fundamentales de la responsabilidad civil reside en la contradicción que existe entre la protección de los bienes y derechos y la libertad de comportamiento; o, expresado en otros términos, en el conflicto de intereses entre dos o más patrimonios o entre dos o más esferas jurídicas» («Conceptos...», pp. 46-47; reitera la idea en «Los sistemas de la responsabilidad civil», en *Tratado de Responsabilidad civil*, Coordinado por L.F. Reglero Campos, Aranzadi, Elcano (Navarra) 2002, p. 163). Igualmente, entre otros, MAZEAUD y TUNC (*Tratado I...*, pp. 2-3) o COSCULLUELA MONTANER (*Manual de derecho administrativo*, 12ª edición, Civitas, Madrid 2001, p. 549).

Por su parte, MIQUEL GONZÁLEZ («La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias», en *Jornadas sobre responsabilidad civil organizadas por el Consejo General del Poder Judicial*, CGPJ, Madrid 1993, pp. 62-63), con referencia a la doctrina de Fleming y de Mertens, se refiere a la idea del conflicto al hablar de la función de directiva social de la responsabilidad extracontractual: «el legislador y la jurisprudencia, mediante la concreción de deberes de cuidado determinan el ámbito de la libertad de acción individual, influyen en el coste de una pluralidad de actividades y establecen la medida en que cada uno debe soportar los perjuicios que sean consecuencia de la actividad de los demás».

3. Según el principio que rige este equilibrio, cada sujeto debe cargar con sus propios daños. La responsabilidad civil sólo interviene allí donde la paz social se pueda ver afectada por el hecho de cargar con el daño a la víctima del mismo. Así, el traspaso de la carga del daño experimentado por un sujeto a otro sujeto sólo se puede realizar cuando existe un motivo suficiente que lo justifique⁵; motivo que tradicionalmente se estableció en la constatación de una conducta negligente por parte del agente causante del daño⁶.

En el resto de los casos se considera que el equilibrio se mantiene cuando uno mismo asume sus propios daños. De ahí que la responsabilidad civil haya de ser considerada la excepción, no la regla⁷. No obstante, como veremos a continuación, esta regla parece haberse invertido en la actualidad.

⁵. En este punto es tradicional citar las palabras de Holmes («sound policy lets losses lie where they fall except where a special reason can be shown for interference»); idea que también se encuentra presente entre nuestros autores, como DÍEZ-PICAZO (*Daños...*, p. 42; «La culpa en la responsabilidad civil extracontractual», en *Estudios de Responsabilidad civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Coordinados por R. de Ángel Yáguez y M. Yzquierdo Tolsada, Dykinson-Ciudad Argentina, Madrid 2001, pp. 119-120) o REGLERO CAMPOS («Los sistemas...», p. 163). Entre ellos, destacan las palabras de PANTALEÓN PRIETO: «indemnizar no borra el daño del mundo, sino simplemente lo cambia de bolsillo; y precisamente por esto, hay que tener una buena razón —la existencia de un criterio de imputación subjetiva como la culpa, pero no necesariamente sólo la culpa— para no dejar el daño allí donde se produjo, en lugar de iniciar un proceso absurdo en que cada nuevo (inocente) “indemnizador” preguntaría de inmediato quién le indemniza ahora a él» («Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual. También la de las Administraciones Públicas», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Coordinado por J.A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid 2000, pp. 446 y 448). Este autor considera en concreto la culpa como el criterio sobre el cual dicho traspaso de responsabilidad se puede realizar, aunque no es el único criterio (pp. 446-449).

⁶. Así lo recogen, entre otros, DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Tratado de Derecho civil*, 3ª edición, Civitas, Madrid 1993, pp. 53, 126; «Artículo 1902», en *Comentario del Código Civil*, Coordinado por I. Sierra Gil de la Cuesta, Tomo 8, Bosch, Barcelona 2000, pp. 336-337, 339); DÍEZ-PICAZO (*Daños...*, pp. 37, 103 y 351); SCHÄFER y OTT (*op. cit.*, p. 154) o REGLERO CAMPOS («Conceptos...», p. 50).

A pesar de que en un principio la responsabilidad no requería la noción de la falta o la culpa, sino que era suficiente con la causación del perjuicio por un sujeto (DÍEZ-PICAZO, «La responsabilidad...», pp. 730-731 y DE CUPIS, *op. cit.*, p. 188), ya en época de Severo se consolida el sistema de la responsabilidad basada en la conducta culpable (REGLERO CAMPOS, «Los sistemas...», pp. 165-166). Éste es, de hecho, el que se recoge en época de la Codificación, pues García Goyena partía de la idea que la responsabilidad refleja una máxima universal: *sua cuique culpa nocet*: la culpa no debe perjudicar sino a su autor, y el que la comete está obligado a reparar el daño causado por ella a un tercero (DÍEZ-PICAZO, «La responsabilidad...», p. 730). En parte, esta influencia se explica, según diversos autores, por la influencia que tuvo el liberalismo individual, que buscaba una mayor libertad para la actuación que la que proporcionaría un sistema de responsabilidad basado en el mero comportamiento dañoso (DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado...*, pp. 53-54; «Artículo 1902»..., p. 337; YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general*, Reus S.A., Madrid 1989, p. 2 y ZWEIGERT y KÖTZ, *An introduction to comparative law*, Traducido al inglés por T. Weir, 3ª edición, Clarendon Press, Oxford 1998, pp. 647-648). De hecho, se pone de relieve cómo el principio de la responsabilidad por culpa contribuyó al desarrollo industrial: «any other solution could have ruined enterprises in their infancy» (MARKESINIS y DEAKIN, *Tort law*, 4ª edición, Clarendon Press, Oxford 1999, 42).

⁷. Así se intuye en las palabras de ÁLVAREZ VIGARAY («La responsabilidad por daño moral», *ADC*, 1966, p. 104): «son muchos los sufrimientos que las personas se causan unas a otras y que deben permanecer jurídicamente irrelevantes». Por su parte, LARENZ y CANARIS (*Lehrbuch des Schuldrechts. Band II, Halbband 2. Besonderer Teil*, 13ª edición, Verlag C.H. Beck, München 1994, p. 351) parten de la máxima latina *casum*

1.2. Los cambios en la institución tradicional de la responsabilidad. El aumento cuantitativo y cualitativo de las demandas de responsabilidad:

1. Este panorama comienza a alterarse a partir de la Revolución industrial y, posteriormente, se concreta tras las dos Guerras Mundiales⁸. Con el surgimiento de nuevas actividades potencialmente peligrosas y el incremento de los accidentes producidos por agentes no físicos, se inician una serie de procesos paralelos, pero a la vez entrelazados entre sí, que van a desembocar en la transformación de la institución de la responsabilidad hasta lo que es actualmente.

2. Por un lado, comienza a tambalearse el tradicional esquema de la responsabilidad basado en la culpa, que se ve como insuficiente para lograr el equilibrio entre los intereses en conflicto ante las nuevas realidades. Surgen, por tanto, corrientes objetivadoras de la responsabilidad que se plasman no sólo en una serie de leyes especiales que establecen un sistema de responsabilidad sin culpa (objetiva), sino también en una tendencia hacia la objetivización general de la responsabilidad civil⁹.

sentit dominus, que supone que las consecuencias de un evento han de ser asumidas por el que se ve afectado por ellas.

⁸. El desarrollo tecnológico producido desde la revolución industrial produce un incremento de actividades potencialmente peligrosas, lo que, a su vez, genera un aumento de daños a bienes y derechos de los ciudadanos. Si bien la ciencia y la técnica contribuyen ciertamente al progreso y al creciente bienestar de la población, tal progreso no siempre se encuentra exento de riesgos. Ciertas actividades que aportan grandes beneficios sociales, económicos o culturales llevan insito un riesgo que ha de ser ponderado a la hora de admitir su realización. Así, la consideración de este riesgo llevó a un incremento en el ámbito de la responsabilidad, como señalan, entre otros, MARTÍNEZ-CALCERRADA (*La responsabilidad civil profesional*, 2ª edición, Colex, Madrid 1999, p. 24); MAZEAUD y MAZEAUD (*op. cit.*, pp. 4-5); MAZEAUD y TUNC (*Tratado I...*, p. 11) o VINEY (*Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Dirigido por J. Ghestin, 2ª edición, LGDJ, París 1995, p. 21).

⁹. Sobre la idea del riesgo de la actividad (teoría del riesgo creado o agravado), la expresada por el aforismo latino *cuius commoda, eius incommoda* (teoría del riesgo-beneficio) y, posteriormente, la de que es el empresario el que se encuentra en mejor situación de afrontar el daño y proveer los medios para evitarlo (teorías de análisis económico del derecho), surgían los primeros sistemas de responsabilidad objetiva u objetivada. Según REGLERO CAMPOS («Los sistemas...», pp. 170-172), no se trataba de sustituir totalmente el criterio de la culpa, sino sólo en aquellos ámbitos en los que resultaba insuficiente.

En este sentido, PARRA LUCÁN (*Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, Barcelona 1990, p. 373) señala: «el desarrollo del maquinismo, la producción de daños anónimos e inevitables, la irrupción de una conciencia colectiva de que las víctimas de un daño deben ser indemnizadas aun cuando no pueda identificarse a un sujeto culpable son algunos de los factores determinantes de la superación de la culpa como fundamento de la responsabilidad». Igualmente, DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Tratado...*, p. 54, y «Artículo 1902...», p. 338); Díez-PICAZO (*Daños...*, p. 108); LACRUZ BERDEJO, *et al.* (*Elementos de Derecho Civil II*, Volumen Primero, 2ª edición Revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Dykinson, Madrid 2000, p. 449); MARKESINIS y DEAKIN (*op. cit.*, 42); REGLERO CAMPOS («Los sistemas...», p. 168) y ROCA TRÍAS (*Derecho de daños. Textos y materiales*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pp. 21-21).

No puede afirmarse, sin embargo que esa tendencia se haya llegado a imponer de forma total¹⁰, puesto que no sólo es seguida con cierta falta de uniformidad —especialmente entre la jurisprudencia¹¹—, sino que existen áreas, como la que aquí se va a estudiar, en las que se mantiene el principio de la culpa.

Para un análisis detallado de la derivación hacia la objetivación de la responsabilidad, ver DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Tratado...*, pp. 127-136; «Artículo 1902...», pp. 340-342); CUEVILLAS MATOZZI (*La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños. Su perspectiva desde la doctrina del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pp. 357-371) y Díez-PICAZO («Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2000 (4), pp. 153-163, que sitúa la responsabilidad objetiva y las tendencias de inversión de la carga de la prueba como reglas complementarias de la responsabilidad subjetiva, que es la regla principal).

¹⁰. A pesar de que, según DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Con especial atención a la reparación del daño*, Civitas, Madrid 1995, p. 30), el principio tradicional de la culpa se encuentra hoy superado, esta idea de la responsabilidad por riesgo tampoco ha llegado a desplazar al criterio de la culpa. Como dice SANTÓS BRIZ (*La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, 7ª edición, Montecorvo, Madrid 1993, p. 39), a lo sumo se ha llegado a una responsabilidad cuasi-objetiva. De lo que se ha tratado en general ha sido de facilitar su prueba, más que de eludir este requisito. La culpa, pues, convive con la responsabilidad objetiva (en palabras de ZWEIGERT y KÖTZ, *op. cit.*, p. 649: «it would be an error to suppose that this is an Either-Or situation, that a legal system must either accept or reject the principle of no liability without fault as a whole»).

Así, de hecho, lo mantenían ya desde antiguo BONASI BENUCCI (*La responsabilidad civil*, Traducción y notas de Derecho español de J.V. Fuentes Lojo y J. Peré Raluy, Bosch, Barcelona 1958, pp. 30-31, que afirmaba la integración del requisito de la culpa en otros principios); DE CUPIS (*op. cit.*, pp. 205 y 212) y MAZEAUD y MAZEAUD (*op. cit.*, pp. 84, 87-89 y 91, que consideraban a la culpa como el criterio de imputación más adecuado). Más recientemente, afirman la persistencia del principio de la culpa CORSARO («Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Coordinado por J.A. Moreno Martínez, p. 136); Díez-PICAZO («La responsabilidad...», pp. 728 y siguientes; «La culpa...», p. 103); GARRIDO FALLA («Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1997 (94), p. 173); MARKESINIS y DEAKIN (*op. cit.*, 44) e YZQUIERDO TOLSADA («La responsabilidad civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate», en *Estudios de Responsabilidad civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Coordinados por R. de Ángel Yáguez y M. Yzquierdo Tolsada, Dykinson-Ciudad Argentina, Madrid 2001, p. 232).

De hecho, SALVADOR CODERCH y SOLÉ FELIU (*Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en al responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Madrid 1999, pp. 8-9) hablan de una crisis actual del estándar de la responsabilidad civil objetiva, que se ha ido erosionando. Parte de ello puede ser debido a que la idea de la actividad de riesgo, como criterio de imputación de responsabilidad no casa bien con las pequeñas empresas, para las que resulta difícil prevenir y evitar los riesgos de su actividad (Díez-PICAZO, *Daños...*, p. 115); pero también a que este requisito es el que mejor salvaguarda los intereses del agente (en palabras de FERNÁNDEZ HIERRO: «posiblemente el mayor seguro contra el riesgo de ser demandado en una hipotética petición de responsabilidad civil, sin que haya una causa que lo justifique, es la exigencia de culpa en sentido tradicional, por lo que su mantenimiento parece aconsejable desde todos los puntos de vista»; *Sistema de responsabilidad médica*, Comares, Granada 1997, pp. 75-76). Del mismo modo, también hay quien remite al criterio del legislador exclusivamente la objetivación de la responsabilidad (SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU; *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid 1997, p. 17).

¹¹. En este punto puede ser interesante recordar la referencia que hace Díez-PICAZO («La justicia y el sistema de fuentes del Derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997 (1), pp. 209-210) a las «sentencias pro-forma», como sentencias para cubrir el expediente, citando en concreto cómo a veces en relación al artículo 1902 Cc se utilizan fórmulas que hacen referencia a la objetivación de la responsabilidad, y otras, a la pervivencia de la responsabilidad por culpa, según si se busca que gane el demandante o el demandado (idea ésta del intercambio de criterios a la que también hace referencia en *Daños...*,

3. Por otro lado, se inicia un cambio en la visión de la finalidad del instituto de la responsabilidad, al que coadyuvan factores como la educación científica, la progresiva secularización de la población, el desapego religioso o el abandono de la idea católica de la resignación por los dolores terrenales, que serán recompensados tras la muerte¹². Todos ellos conducen a que los sujetos cobren conciencia de que no tienen deber de soportar las lesiones que sufran en sus bienes o en sus derechos; que es posible compensar el perjuicio en esta vida a través del empleo de esta institución jurídica. Se abandona un concepto fatalista de la vida según el cual los daños sufridos son obra del destino y se comienza a adquirir la conciencia de que la actuación de los propios hombres es la causa de la mayoría de los perjuicios, surgiendo de ello una pretensión de indemnización frente a los causantes¹³.

p. 122). LACRUZ BERDEJO, *et al.* (*Elementos de Derecho Civil II*, Volumen Segundo, Nueva edición Revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Dykinson, Madrid 1999, p. 452) se limita a señalar en estos casos que se produce un tratamiento ambivalente del problema.

¹². En palabras de BAUDOUIN y LABRUSSE-RIOU (*Produire l'homme: de quel droit? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, PUF, Paris 1987, p. 137): «les barrières religieuses, morales du tolérable se sont effondrées et ne gisent plus que dans les consciences individuelles qui sont à elles-mêmes leur propre référence». En concreto, según Díez-PICAZO («La responsabilidad...», p. 732), la revolución industrial y los cambios tecnológicos son uno de los factores que motivan un cambio en la conciencia social respecto de la idea del daño: «la indemnización adquiere el aspecto de un verdadero imperativo social. Se impone, como una exigencia ineludible, la necesidad de otorgar una protección y una defensa más vigorosa a la persona».

¹³. Como señala Díez-PICAZO («La responsabilidad...», p. 728), en época de la Codificación existía una conciencia social habituada a unos esquemas teológicos, conforme a los cuales: «se acostumbra a ver por doquiera la mano de Dios (*act of God*). Cuando se sufre un daño que no resulta inmediatamente imputable (o acaso aunque lo resulte) está allí presente la mano de Dios. Dios lo ha querido como vía de castigo de otros pecados de un réprobo o para poner a prueba el temple del alma de quien lo sufre. De donde deriva, por la misma razón, una evidente capacidad de resignación. Si se recibe el daño como querido por Dios y frente a él no hay que hacer otra cosa que resignarse [*sic*]».

Actualmente, esta concepción ha cambiado y se entra en lo que denomina MAZEAUD «l'idéologie de la réparation» («Réflexions sur un malentendu. Note Cour de Cassation, ass. plén. 17 nov. 2000», *Le Dalloz*, 2001 (4), p. 332) o MEDICUS, del paso de la *Unglück* al *Unrecht* (*Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 13ª edición, Verlag C.H.Beck, München 2002, p. 266). Así lo pone de relieve DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Responsabilidad por informar», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid 2000, p. 174), cuando indica: «es posible que buena parte de las reclamaciones de responsabilidad que conocemos venga determinada por el hecho de que la persona de hoy no se resigna a sufrir calamidades (o simplemente contrariedades o tribulaciones) como algo que le viene dado por la providencia; el sino, la fatalidad o simplemente la mala suerte. [...] es posible que la educación de nuestros días conduzca a muchos a la convicción de que alguien debe ser declarado culpable (porque *debe de ser*, ¡qué acertado es el idioma!) culpable –y por tanto responsable– de todo lo que nos daña, lastima o simplemente contraría».

Ideas similares se encuentran en otros autores nacionales y extranjeros: BERGMANN (*Die Arzthaftung. Ein Leitfaden für Ärzte und Juristen*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York 1999, p. 3); LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, *Handbuch des Arztrechts*, 3ª edición, Verlag C.H.Beck, München 2002, p. 12); MARTÍN REBOLLO («Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2000 (4), p. 275); REGLERO CAMPOS («Los sistemas...», p. 168); SAINTE-ROSE («La réparation du préjudice de l'enfant empêché de ne pas naître handicapé. Conclusions orales prises dans l'affaire P...», *Le Dalloz*, 2001 (4), p. 316); TEDESCHI («On tort liability for "Wrongful life"», *Israel Law Review Association*, 1966 (4), p. 516) e

Esto desemboca paulatinamente en un progresivo abandono de la tradicional regla que establece como principio general la asunción del daño por la víctima y en la instauración de un principio *pro damnato*, conforme al cual se tiende no sólo a facilitar en el proceso la posición de la víctima a través de la inversión de la carga de la prueba¹⁴, sino también a reparar todos los daños que sufra una determinada persona; esto es, se tiende a afirmar la responsabilidad como regla general¹⁵. Con ello, parece que esta figura asume nuevas funciones en la percepción social. De hecho, se aprecia también una tendencia a acudir a la responsabilidad para la reparación de daños de cualquier clase, una suerte de lotería con la que puede obtenerse la satisfacción de la víctima de cualquier infortunio¹⁶.

YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid 2001, p. 219).

¹⁴. En principio, en la responsabilidad extracontractual corresponde al acreedor la prueba de los elementos de la responsabilidad, como hecho constitutivo; mientras que en la contractual la prueba corresponde al deudor, como hecho impeditivo. Sin embargo, las corrientes de inversión de la carga de la prueba en relación al elemento de la culpa en materia extracontractual acaban prácticamente con tal distinción, como señala MIGUEL GONZÁLEZ («La responsabilidad...», pp. 66-67).

La evolución jurisprudencial al respecto, que se inicia, según DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Tratado...*, pp. 129-134; «Artículo 1902...», pp. 340-341) con la STS de 26 de febrero de 1935, es continuada por las SSTs de 20 de octubre de 1963, 23 de marzo de 1968 y 11 de marzo de 1971. La base para esta inversión se apoya en un paralelismo con respecto a la interpretación del artículo 1903: como señala LACRUZ BERDEJO, si se presume la culpa *in vigilando* o *in eligendo* cuando se responde por personas distintas a partir de la mera realización del hecho dañoso, con mayor razón se deberá presumir la culpa de quien responde por actos propios (*Elementos II-2...*, p. 477). Sobre esto, y a partir del principio de «expansión en la apreciación de la prueba», se deriva hasta la llamada «inversión en la carga de la prueba», por la cual el agente del daño debe responder por el mismo salvo que acredite que actuó con diligencia.

¹⁵. El principio *pro damnato*, según DÍEZ-PICAZO («La responsabilidad...», p. 734), o *favor victimae*, en palabras de LLAMAS POMBO («Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid 2000, pp. 299-303), es una tendencia generalizada en el derecho actual (ZWEIGERT y KÖTZ, *op. cit.*, p. 671) por la cual se trata en cualquier caso de reparar todos aquellos perjuicios en que no se vea razón clara para que la víctima los soporte por sí sola, facilitando para ello la apreciación de la responsabilidad.

Los MAZEAUD y TUNC (*Tratado I...*, pp. 12-13) y los MAZEAUD (*op. cit.*, p. 5) se referían ya a mediados del siglo XX a una «moderna» tendencia de los espíritus a exigir seguridad, que lleva a las víctimas a volverse en busca de un responsable. De esta forma, más que un instrumento de salvaguarda del equilibrio o de composición de los intereses en conflicto, la responsabilidad civil se considera en la actualidad una institución a través de la cual se trata de reparar cualquier revés o contrariedad sufrida por un sujeto. De lo que se trata es de la busca sistemática de un responsable (LLAMAS POMBO, «Responsabilidad médica...», p. 299-303; *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid 1988, p. 17, con cita de Savatier; REGLERO CAMPOS, «Los sistemas...», p. 164 o YZQUIERDO TOLSADA, *Profesional liberal...*, p. 4 y «La responsabilidad...», pp. 232). Así, se refieren MALICIER, MIRAS, FEUGLET y FAIVRE (*La responsabilité médicale. Données actuelles*, 2ª edición, Editions Eska-Editions Lacassagne, Paris 1999, p. 25) a una «victimologie».

¹⁶. MAZEAUD y TUNC (*Tratado I...*, pp. 16-17) ponen de relieve cómo la responsabilidad invade todas las esferas y se aplica no sólo a su campo propio, sino al derecho en su totalidad. La responsabilidad se usa, pues, para todo. Así, según VINEY (*Traité...*, p. 21), adquiere el papel de «gran vedette» del Derecho civil. Entre nuestros autores, DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Tratado...*, p. 63) se refiere a esta tendencia con un término anglosajón: *gold-digging actions*.

Al mismo tiempo, de la mano de esta tendencia se produce un nuevo ataque al principio tradicional de la culpa. Es el daño el elemento que adquiere el papel fundamental en materia de responsabilidad y no el comportamiento negligente.

Sin embargo, al igual que ocurre en el caso del proceso anterior, esta tendencia tampoco se encuentra plenamente consolidada, desde el momento en que los textos positivos no han sufrido modificaciones sustanciales en el sentido indicado. Por ello se produce en ocasiones una tensión entre las demandas sociales y el derecho, entre el mantenimiento de la idea de la responsabilidad como vía de solución de un conflicto de intereses y la nueva idea que parece atribuir a la responsabilidad la función de vía de satisfacción de los sujetos frente a cualquier revés de la vida¹⁷. Es esta tensión la que, afortunadamente, impide todavía el desbordamiento de la institución aquí estudiada y la que obliga a constatar la concurrencia de los diversos requisitos de la misma de forma previa a su afirmación.

4. Finalmente, y como consecuencia de los procesos anteriores, unidos a otra serie de factores confluyentes, la importancia de la responsabilidad va aumentando poco a poco, sobre todo durante el siglo XX¹⁸.

Este incremento se refleja tanto cuantitativamente –en cuanto al número de demandas presentadas por responsabilidad ante los tribunales civiles y contencioso-administrativos, que sin duda ocupan uno de los primeros puestos en el índice de conflicti-

¹⁷ . A esta misma idea parece referirse VINEY (*Traité...*, p. 23) cuando estudia «le contraste entre la relative stabilité des textes et l'ampleur des changements réels».

¹⁸ . Entre ellos, hay que citar los siguientes:

- Los avances tecnológicos, científicos y el desarrollo socioeconómico no sólo incrementan el número de actividades potencialmente peligrosas, sino que, a la vez, proporcionan medios más eficaces para investigar las posibles causas de un siniestro, permitiendo una mayor certeza en muchas ocasiones para el establecimiento de un responsable del mismo.

- El aumento del fenómeno del aseguramiento de la responsabilidad elimina ciertas barreras a las reclamaciones de responsabilidad, pues los perjudicados tienen conciencia de que no se dirigen contra otros sujetos, sino contra una impersonal compañía aseguradora, lo que elimina sus dudas respecto de la reclamación. Así lo señalaban hace ya tiempo los MAZEAUD (*op. cit.*, p. 5) y junto a TUNC (*Tratado I...*, pp. 13-14); y más recientemente, VICENTE DOMINGO («El daño», en *Tratado de responsabilidad civil*, Coordinado por L.F. Reglero Campos, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2002, p. 203), o VINEY (*Traité...*, p. 27).

- Actualmente, el factor de la globalización ha influido en el incremento de la responsabilidad. Este fenómeno se manifiesta a través del conocimiento de las tendencias existentes en materia jurídica en los países cercanos socioculturalmente. En este sentido, es especialmente importante el papel de Estados Unidos, cuyas tendencias son especialmente influyentes en los países de su entorno (como acuerda en señalar YZQUIERDO TOLSADA, *Profesional liberal...*, p. 5). En concreto, en el ámbito de la responsabilidad civil es de sobra conocida la tendencia a interponer reclamaciones de responsabilidad ante cualquier detrimento o injusticia que experimente un ciudadano estadounidense en su persona o en sus bienes. De hecho, en los últimos años han surgido en Europa un cierto número de casos –como las reclamaciones de responsabilidad a las empresas

vidad—, como cualitativamente. En concreto, el concepto de daño se amplía inicialmente con el reconocimiento en su seno de los daños morales¹⁹; pero continúa posteriormente en franca extensión con el reconocimiento de nuevos tipos de daños patrimoniales o morales.

tabacaleras, o, concretamente, las acciones que aquí se van a estudiar— que son reflejo de lo que ocurre en Estados Unidos.

¹⁹. Históricamente parece ser que surge primero el daño patrimonial, cuya apreciación a través de los sentidos era más fácil. Para GARCÍA LÓPEZ (*Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona 1990, pp. 28-32), esto no significa, sin embargo, que el daño moral fuera desconocido, pues se reconocía en casos puntuales que sirvieron de base para su aceptación actual. Así, en el Derecho romano señala el autor que la *actio iniuriarum* tutelaba la integridad personal física y moral (bienes de naturaleza inestimable de cara al tráfico jurídico, pero no de cara a la estimación del propio ofendido), principio a partir del cual se amplió a otras acciones relativas a lesiones corporales (causadas por animales, por cosas vertidas o arrojadas a la calle y daños al espíritu de hombres libres o, como señalan MAZEAUD y TUNC, en otras esferas, como la paz y tranquilidad o lesiones; *Tratado I...*, pp. 428-429). Por tanto, se llegó a la noción de que, además de los bienes patrimoniales, existían bienes a los que el hombre atribuye un valor y que deben ser protegidos por el derecho.

Este reconocimiento se incrementó con la llegada del cristianismo, cuando se comienza a valorar el alma y, con ello, su dolor. En la regulación de las Partidas, por ejemplo, señala GARCÍA LÓPEZ (pp. 32-40) que se reconocía indemnización por los daños ocasionados en la esfera extracontractual a bienes o intereses que trascienden del campo estrictamente patrimonial. Si bien inicialmente la lesión a la persona alcanzaba sólo a las consecuencias patrimoniales, la definición del daño llega a abarcar el daño moral (Partida VII, título XV, 1.1). Se incluyen en algunos textos el daño corporal, así como el daño por la deshonra. Posteriormente, en el siglo XIX, García Goyena, para redactar la parte de la responsabilidad civil del proyecto de 1851 de Código civil, se inspiró en el citado título XV de las Partidas y recogió un concepto amplio de daño (en el que se podía entender incluido, a juicio de GARCÍA LÓPEZ, el daño moral, puesto que tal daño era admitido dentro de tal título de las Partidas, pp. 40-43). Este proyecto fue tenido muy en cuenta a la hora de redactar la responsabilidad en el definitivo Código civil de 1889, motivo por el cual el autor sostiene que en la definición general del daño recogida por el artículo 1902 se podría incluir el daño moral desde un inicio, puesto que, conscientes los legisladores de la existencia de este daño, para llevar a cabo su exclusión, deberían haberlo hecho de forma expresa (pp. 46-47).

La tesis de la constante presencia y reconocimiento del daño moral en nuestro Ordenamiento, si bien encuentra bases legales con las que justificarse (aunque deja con la duda de por qué si el daño moral se conocía desde siempre no se reconoció de forma expresa hasta una fecha tan tardía), no oculta el hecho de que el daño por antonomasia durante mucho tiempo fue el daño patrimonial. Por otra parte, es negada por GARCÍA SERRANO («El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», *ADC*, 1972, pp. 814 y 845) que no cree que en la mente del legislador del Código civil se encontrara ya el daño moral, pues la protección a la esfera moral de la persona se entendía trasladada al Código penal (y prueba de ello es la famosa STS de 6 de diciembre de 1912, que acudió a la Ley 21 del Título IX de la partida 7ª, ante la inexistencia en el Código civil de un precepto que sancionara la lesión a la esfera moral de la persona).

De hecho, sólo a partir de la STS de 6 de diciembre de 1912 comenzó a ser reconocido el daño moral por nuestros tribunales, pasando a partir de ahí por diversas etapas hasta su aceptación incondicional (para un resumen de esta sentencia, así como para el estudio de las mencionadas etapas, ver GARCÍA SERRANO, *op. cit.*, pp. 815-827). El reconocimiento se vio obstaculizado por diversos argumentos que aconsejaban su rechazo — imposibilidad de evaluar y cuantificar estos bienes, imposibilidad de conseguir la finalidad de reparación o de compensar el daño, inmoralidad de la indemnización de tales daños, dificultades de comprobación...— que llevaron durante bastante tiempo a su rechazo generalizado (ver al respecto ÁLVAREZ VIGARAY, *op. cit.*, pp. 95-102, BUSTO LAGO, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid 1998, pp. 87-91 y GARCÍA LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 134-147, que incluyen también la crítica a los mismos). En la actualidad, sin embargo, su aceptación general como daño independiente del daño patrimonial resulta prácticamente indubitada (ÁLVAREZ VIGARAY, *op. cit.*, pp. 83, 84 y 102; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado...*, pp. 675 y 676 y GARCÍA SERRANO, *op. cit.*, pp. 800-801). Únicamente desde el punto de vista del análisis económico del derecho se siguen oponiendo dudas a su reconocimiento como daño resarcible, por la dis-

1.3. Las demandas de responsabilidad médica como ejemplo de estas tendencias de la responsabilidad civil

1. Uno de los ámbitos en los que se aprecia con mayor agudeza este incremento cuantitativo y cualitativo de la responsabilidad civil es la responsabilidad médica, que comienza a adquirir relevancia en nuestro país desde hace diez o quince años. Su evolución, de hecho, es la más tardía, pero es espectacular, ya que no se produce de manera paulatina, sino repentina²⁰. De hecho, en la actualidad la responsabilidad médica se sitúa como pionera y líder en las tendencias anteriormente señaladas, aunque a la vez se muestra como uno de los campos en que tales tendencias encuentran parte de sus excepciones. Por ello, se manifiestan aquí con especial acritud las tensiones entre las tendencias *pro damnato* y de ampliación del concepto de daño, frente al mantenimiento de la institución de la responsabilidad civil como inicialmente fue concebida y aún aparece en los textos positivos.

2. Este incremento explosivo de la responsabilidad médica viene justificado no sólo por los factores anteriormente señalados, sino también por ciertos factores específicos de las disciplinas médicas, como el creciente descontento de los pacientes por la atención reci-

cordancia que se crea entre la prevención óptima y el aseguramiento óptimo, en relación a este daño (ver al respecto, GÓMEZ POMAR, «Daño moral», *www.indret.com*, 01/2000, pp. 3-6).

²⁰. Multiplicación «hasta el infinito», «eclosión», «fiebre» o «avalancha jurisprudencial», son algunas de las expresiones que emplea nuestra doctrina para referirse a este fenómeno. Entre ellos, ALONSO PÉREZ, M. («La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la "lex artis")», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Coordinado por J.A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid 2000, pp. 16, 27 y 30); EMALDI CIRIÓN (*El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Publicaciones de la Cátedra interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano y Editorial Comares, Bilbao-Granada 2001, pp. 355-356); GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica. Aspectos jurídicos y médico-forenses*, Comares, Granada 1995, p. 11); LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, pp. 5 y 15; «Responsabilidad médica...», p. 297); MARÍN LÓPEZ («Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2000», CCJC, 2001, mg. 1511, p. 473); ROMEO CASABONA («Landesbericht Spanien», en *Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München 1999, pp. 335 y 339) o YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, p. 1).

Al mismo tiempo, se trata de una tendencia que se ha manifestado también en los países de nuestro entorno (como sostiene, entre otros GIESEN, *International medical malpractice law. A comparative law study of civil liability arising from medical care*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1988, p. 483). Así, por ejemplo, respecto de Alemania, lo señalan BERGMANN (*op. cit.*, p. 2) o DEUTSCH (*Arztrecht und Arzneimittelrecht. Eine zusammenfassende Darstellung mit Fallbeispielen und Texten*, 2ª edición, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg-New York 1991, p. 82); respecto de Inglaterra, DE CRUZ (*Comparative healthcare law*, Cavendish Publishing Limited, London-Sydney 2001, p. 267), HAUBERICHs (*Haftung für neues Leben im deutschen und englischen Recht (eine Darstellung am Beispiel der unerwünschten Geburt eines gesunden Kindes)*, Springer, Heidelberg 1998, p. 58), o KENNEDY y GRUBB (*Principles of medical law*, Oxford University Press, Somerset 1998, pp. 283-284); y respecto de Francia, PENNEAU (*La responsabilité médicale*, Éditions Sirey, Toulouse 1977, p. 2), o LE TOURNEAU y CADIET (*Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, París 2000, p. 754).

bida²¹, la vulgarización de los conocimientos médicos (que elimina la oscuridad de los saberes médicos y la posición de supremacía de los profesionales sanitarios²²), el aumento en la contratación de seguros de responsabilidad civil²³, el reconocimiento de los derechos de los pacientes²⁴ o el mayor número de obligaciones asumidas actualmente por los profesionales sanitarios, así como su mayor complejidad²⁵.

²¹ . Ver a este respecto GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, pp. 12-15); LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, pp. 22 y 24) o ROMEO CASABONA (*El médico ante el derecho*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid 1985, p. 9; «Landesbericht...», p. 339). Según estos autores, el descontento se debe a diversos motivos. Por un lado, la progresiva despersonalización de la medicina aparejada a las tendencias de especialización y división del trabajo contribuye a una mayor inseguridad y sensación de indefensión del paciente y a su desapego al profesional. Por otro lado, la masificación de la asistencia médica, como consecuencia del Estado social, no sólo contribuye a un incremento en el número de daños, sino especialmente a una sensación de desatención en el paciente. Finalmente, como destaca USANDIZAGA BEGUIRISTÁIN, se ha creado un clima de excesiva confianza en las posibilidades de la medicina, que lleva a demandas de los pacientes que ven frustradas sus expectativas («Problemas éticos y legales en el ejercicio de la profesión obstétrico-ginecológica», en *Tratado de obstetricia y ginecología*, Volumen II, Dirigido por J.A. Usandizaga Beguiristáin y P. de la Fuente Pérez, McGraw Hill Interamericana, Madrid 1999, p. 585).

²² . Ya hace tiempo que GITRAMA GONZÁLEZ («Configuración jurídica de servicios médicos», en *Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al Profesor Ignacio Serrano y Serrano*, Tomo I, Universidad de Valladolid, Valladolid 1965, pp. 328-329) ponía de relieve cómo había decaído en la conciencia social «el carácter hermético, misterioso, sacerdotal y casi mágico que el ejercicio de la medicina revestía en otros tiempos» (idea recogen posteriormente LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, pp. 22-23; MARTÍN BERNAL, *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes. Problemática jurídica de la relación médico-paciente*, La Ley-Actualidad, Madrid 1998, p. 22; ROMEO CASABONA, *El médico...*, p. 3 o YZQUIERDO TOLSADA, *Profesional liberal...*, pp. 5-6 y 235). En la actualidad, como señala ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 31): «para el hombre moderno, la Medicina ya no es una ciencia esotérica, sino que tiene conocimientos sobre muchas cuestiones médicas a través de los medios de información».

Esto deriva en que se pierda el respeto hacia la profesión médica y se busque su responsabilidad. Según ALONSO PÉREZ, M.: «sólo la sociedad consumista y reivindicativa, "celosamente" defensora de los derechos individuales, que hace de la salud un bien de consumo de excepcional relevancia económica, inventó el espectáculo cotidiano y en muchos aspectos positivo de sentar en el banquillo o pedir reparación jurídica a los galenos que ocasionan un daño al paciente en el desempeño de su oficio» (*ibidem*). Con ello, se pierde la inmunidad que inicialmente caracterizó a la profesión médica, que sólo estaba sometida a las reglas de la ética profesional y sólo respondía ante su conciencia y ante la censura social (ALONSO PÉREZ, M., «La relación...», pp. 14-16 y 20; FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, pp. 101-102 y PLAZA PENADÉS, *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Aranzadi, Elcano (Navarra) 2002, p. 17).

²³ . A pesar de que este tipo de seguros son voluntarios generalmente (una excepción es el caso de Francia, cuya Ley 2002-303 de 4 de marzo ha establecido en su artículo 100 la obligatoriedad de suscripción de un seguro para los profesionales y los centros sanitarios privados por los perjuicios que puedan sufrir los pacientes con motivo de la asistencia sanitaria), su existencia contribuye al incremento de la responsabilidad civil médica (entre otros, MARKESINIS y DEAKIN, *op. cit.*, p. 69 y PENNEAU, *Médicale...*, p. 3).

En realidad, se produce una argumentación en círculo: existe el seguro porque aumentan las reclamaciones de responsabilidad a los profesionales sanitarios, y éstas a su vez aumentan porque existe un seguro de responsabilidad civil. Esto se traduce en un aumento progresivo de las primas del seguro de responsabilidad, ante la creciente reclamación de responsabilidad a los profesionales sanitarios que produce un incremento del riesgo de concreción del evento asegurado (en un sentido similar, LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, pp. 25 y 347).

²⁴ . ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», pp. 20 y 27). Como relata el autor, partiendo de una tradicional falta de reconocimiento de derechos de los pacientes (pp. 14-16), comenzaron a reconocerse con el surgimiento del Estado liberal de Derecho, aunque con un valor meramente formal (p. 24). No fue hasta el Estado social de

Gran parte de estos factores encuentra su última explicación en el avance de la ciencia médica producido principalmente durante el siglo XX; avance que es a su vez otro de los motivos fundamentales que justifican el incremento de la reclamación de la responsabilidad médica²⁶. Los descubrimientos científicos y técnicos han posibilitado en general una mejora en la asistencia de los pacientes, retrasando o evitando la mortalidad humana en relación a un amplio número de enfermedades.

Como consecuencia de esto y, en general, de todo desarrollo científico, surge un incremento del ámbito de competencias que ha de manejar el profesional sanitario y, con ello, un incremento de la posible responsabilidad. Al mismo tiempo, y en consonancia con las tendencias anteriormente apuntadas de *favor victimae*, estas victorias parciales o puntuales de la ciencia médica han hecho surgir en los pacientes pretensiones de generalización a su propia situación o dolencia²⁷. Actualmente, cuando el resultado favorable o sanador no se

Derecho que el reconocimiento de derechos a los pacientes se realizó de manera efectiva, siendo recogido en diversos textos internacionales (p. 27).

²⁵ . Los profesionales se ven obligados a servirse de conocimientos y habilidades más rigurosos, técnicos y especializados, por lo que aumentan sus obligaciones. Con ello, asumen mayores riesgos y se modifican las relaciones con el cliente, el cual, por su parte, exige mayores contraprestaciones. En palabras de ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 30), «el médico estará inmerso cada día más en un clima de responsabilidad. Cuanto mayor es su saber, mejor será su dominio sobre la muerte, y a más poder, más responsabilidad»; idea en la que abundan MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, pp. 189-191, 264); PENNEAU (*Médicale...*, p. 8) y ROMEO CASABONA (*El médico...*, pp. 5 y 9).

²⁶ . De hecho, GIESEN (*International...*, p. 484) cita el desarrollo médico como la principal razón para el incremento de demandas de responsabilidad médica. Tal relación la destaca también PICKER («Schadensersatz für das unerwünschte Kind ("Wrongful birth"). Medizinischer Fortschritt als zivilisatorischer Rückschritt?», *Archiv für die Civilistische Praxis*, 1995 (195), p. 485) al poner de relieve que cada avance de la ciencia o de la técnica se transforma inmediatamente en una correspondiente pretensión jurídica.

Como se señala en la Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la negligencia médica (1992), se confunde el derecho a la atención, que es accesible a todos, y el derecho a lograr y mantener la salud, que no se puede garantizar. Por ello, esta asociación insta a promover campañas de información sobre los riesgos y los problemas de la medicina.

²⁷ . En este sentido se manifiesta ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 30) al sostener: «los médicos son víctimas de los éxitos ingentes de la Medicina moderna, y los familiares del enfermo culpan con frecuencia a aquéllos de no haberlos librado de las garras de la muerte»; idea también presente en TEFF («The action for "wrongful life" in England and the United States», *International and Comparative Law Quarterly*, 1985 (vol.34, part 3), p. 423): «advances in biology and medical science have led to ever-increasing control over life processes and human attributes. As well as presenting a challenge to deeply held values, the achievements of the "biomedical revolution" have heightened expectations of legal redress for injuries which only a few years ago would have been perceived as the cruel hand of fate».

La creencia en la infalibilidad del diagnóstico es señalada, de hecho, por FINEL («La responsabilité du médecin en matière de diagnostic des anomalies fœtales», *Revue Trimestrielle de Droit Sanitaire et Social*, 1997, p. 224) como uno de los motivos por los que se entablan las acciones de responsabilidad cuando se produce el nacimiento de un niño enfermo. Igualmente lo expresa HAUBERICHS (*op. cit.*, p. 1) al señalar que los avances en la ciencia médica y en la técnica permiten actualmente un mejor control de los procesos corporales y los defectos del hombre; pero a la vez tienen como consecuencia un incremento de la demanda social de sanciones jurídicas para pérdidas que hasta hace poco se veían como producto del destino.

produce, es al médico, y no a la Naturaleza, a quien considera responsable el paciente y a quien le exige la reparación del daño experimentado. Así, frente a la anterior actitud de resignación ante los caprichos del destino, se pasa a la concepción según la cual el profesional sanitario debe considerarse causante de cualquier daño sufrido por los pacientes en el desarrollo de un acto médico²⁸. Con ello, los pacientes tienden a transformar la responsabilidad del profesional sanitario en una obligación de resultado.

De igual forma, el aumento de los conocimientos científicos produce una creciente especialización de las profesiones sanitarias, que desemboca en la división del trabajo y en la agrupación de los profesionales para el ejercicio de la profesión. Esto introduce una variación en las relaciones entre el profesional sanitario y el paciente, una de cuyas principales consecuencias se centra en la pérdida o el deterioro de la relación de confianza individual que caracterizaba la prestación de servicios médicos²⁹. El paciente no siempre escoge al profesional que le atiende, sino que se pone en manos de un grupo o de una institución hospitalaria a la que traslada su confianza. El profesional especializado, por su parte, pierde la visión de conjunto del tratamiento y esto repercute en una peor comunicación con el enfermo³⁰. El paciente pierde, como se ha apuntado, el temor reverencial al médico.

²⁸. Con ello se concreta en el ámbito médico la tendencia general ya señalada del cambio de mentalidad social respecto del sometimiento del sujeto al destino. En palabras de SÉRIAUX (*Droit des obligations*, PUF, París 1992, p. 474): «la tentation est grande d'agir en responsabilité [...] contre le médecin». La formulación de esta idea se encuentra presente en gran parte de los autores que analizan el fenómeno de la responsabilidad médica. Así, en nuestro caso, por citar algunos ejemplos, GÍTRAMA GONZÁLEZ (*op. cit.*, pp. 329-330) o MARTÍNEZ-CALCERRADA (*La responsabilidad...*, p. 293). Del mismo modo, entre la doctrina extranjera, AYNES («Préjudice de l'enfant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de Cassation», *Dalloz*, 2001, p. 492); FORTUNÉ-CAVALIÉ («Responsabilité médicale et naissance d'enfant handicapé: vers "l'oeuf transparent"?», *Medicine et Droit*, 1998 (33), p. 17: «la naissance d'un enfant handicapé n'apparaît plus comme un tribut payé à la nature mais comme le résultat d'une faute commise par les différents "intervenants" [...]»); PENNEAU (*Médicale...*, p. 3); QUASS («Wrongful birth. Schadensersatz für Unterhaltsverpflichtung gegenüber einem unerwünschten Kind bei mißlungener Sterilisation und Schutzbereich des Behandlungsvertrages», *Medizinrecht*, 1997, p. 363) o WEBBER («Better off dead?», *Monthly Journal of Religion & Public Life*, 2002 (123), p. 12).

²⁹. Así es destacado por gran parte de la doctrina (como GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Bosch, Barcelona 1997, p. 343 o MARTÍN BERNAL, *Responsabilidad...*, pp. 190-191), que incide en cómo la ruptura de los moldes clásicos de la medicina liberal y el cambio en el desarrollo de la prestación sanitaria erosionan la relación médico-paciente.

Junto a ello, otros autores cifran el deterioro de la relación de confianza desde la perspectiva del profesional sanitario en la visión por parte de éste del enfermo como un potencial demandante. En palabras de ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 31), «la Medicina socializada de nuestros días ha transformado las antiguas manos cálidas sobre la frente sudorosa del enfermo, en manos acusadas de negligencia o impericia a la puerta del Hospital [...] La relación de confianza ha desaparecido víctima de un quebranteamiento de la *lex artis*». Igualmente, ROMEO CASABONA (*El médico...*, p. 9).

³⁰. MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, p. 191).

3. Desde el punto de vista jurídico, es común señalar que la tendencia hacia la totalización de la responsabilidad de los profesionales sanitarios no ha alcanzado todavía plenamente a los órganos jurisdiccionales, ni es compartida en general por la doctrina, que siguen manteniendo mayoritariamente que el profesional sanitario asume únicamente una obligación de medios y que no queda obligado a lograr la curación del paciente en todo caso. Se mantienen, pues, una serie de peculiaridades que apartan esta parcela de la responsabilidad de las tendencias existentes en el resto.

No obstante, esto no significa que la responsabilidad médica no se haya visto influida por las corrientes de *favor victimae* imperantes en la responsabilidad actual. Pese a que se mantiene el principio de la responsabilidad subjetiva, y pese a que se rechaza la aplicación a este campo de la doctrina de la inversión de la carga de la prueba³¹ —por las mismas razones por las que se rechaza la atribución a los profesionales de una obligación de resultado: la aleatoriedad existente en la ciencia médica³²—, no se puede negar que existan cier-

³¹ . Como estudian DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Tratado...*, p. 203; «Artículo 1902...», p. 509; *Previsiones...*, pp. 36-40 y *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, Madrid 1999, p. 15) y GÓMEZ CALLE («El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario», *ADC*, 1998, p. 1735), la jurisprudencia ha repetido hasta la saciedad la negativa a aplicar al ámbito de la responsabilidad de los profesionales médicos la doctrina de la inversión de la carga de la prueba. Sirvan de ejemplo las palabras de la STS de 11 de febrero de 1997: «en materia de culpa médico-sanitaria queda descartada toda idea de culpa más o menos objetivada, rigiendo con todo rigor los principios subjetivistas que consagra el derecho positivo»; pero el mismo pronunciamiento se puede encontrar, entre otras, en las SSTS de 12 de julio de 1988, 8 de mayo de 1991, 15 de marzo y 15 de noviembre de 1993, 26 de septiembre y 14 de noviembre de 1994, 27 de junio y 10 de noviembre de 1997 y 29 de mayo de 1998.

La negación de la inversión de la carga de la prueba cuando se trata de los profesionales sanitarios se extiende también a la doctrina mayoritaria. De hecho, según VON BAR (*The common european law of torts*, Volumen II, Oxford University Press, Somerset 2000, p. 324) es una tendencia generalizada en el ámbito internacional que el paciente debe probar la negligencia del profesional. Por citar alguna muestra, se pronuncian en este sentido GONZÁLEZ MORÁN (*La responsabilidad civil del médico*, Bosch, Barcelona 1990, pp. 92 y 212); MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, p. 208); MIQUEL GONZÁLEZ («La responsabilidad...», p. 67) y ROMEO CASABONA (*El médico...*, p. 117; «Landesbericht...», p. 341).

³² . Los motivos que se aducen para esta distinción son variados, aunque predomina aquél que señala la diferencia de la profesión médica respecto del resto. En concreto, MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, pp. 208-209) destaca que no concurren los presupuestos que llevan a la doctrina de la inversión de la carga de la prueba. Tal doctrina se basa en la idea (recogida, entre otros, por DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad civil...*, p. 16; DEUTSCH, *Arztrecht...*, p. 84; FISCHER y LILIE, *Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München 1999, p. 7 o GONZÁLEZ MORÁN, *op. cit.*, p. 213) de que quien crea riesgos en la vida social para obtener de ello un beneficio debe correr con sus consecuencias y por eso debe probar que no concurrió su culpa. Frente a ello, en el caso de los profesionales sanitarios se dice que no se trata de una actuación que genere riesgos correlativos al «provecho» que el facultativo obtiene de su actuación, sino que su comportamiento se dirige a eliminar o amortiguar los riesgos del paciente, aunque para ello tenga éste que afrontar cierto peligro.

Pero ésta no es la única justificación para proceder a la inversión de la carga de la prueba. De hecho, DÍEZ-PICAZO («Culpa y riesgo...», p. 164) ofrece como criterio rector para aplicar este mecanismo la complejidad técnica o tecnológica del proceso factual que ha conducido al daño, pues cuando es complejo, resulta

tos indicios, por un lado, de objetivación de la responsabilidad³³ y, por otro lado, de favorecimiento del paciente —que es quien ocupa la posición débil en la relación sanitaria³⁴—, a través de la aplicación de diversas fórmulas de facilitación de la prueba (generalmente de la culpa, pero, por extensión, también de la relación de causalidad)³⁵, o de inversiones pun-

inasequible o muy difícilmente accesible para el perjudicado; contexto en el que señala que el Tribunal Supremo se ha referido en ocasiones a las actividades médicas.

³³. Estos indicios se manifiestan en cuatro frentes diferentes. En primer lugar, en el ámbito hospitalario y en general de las personas jurídicas sanitarias, señalan GÓMEZ CALLE («El fundamento...», pp. 1694 y 1738-1739) y PLAZA PENADÉS (*op. cit.*, p. 18-19) que se tiende entre la jurisprudencia a una progresiva objetivación de la responsabilidad sanitaria. Muestra de ello son las SSTs de 28 de julio y 13 de diciembre de 1997. No obstante, esta tendencia, más que contradecir lo dicho, se habrá de inscribir —si realmente se consolida— en la general de objetivación de la responsabilidad del empresario.

En segundo lugar, la objetivación viene de la mano de la creciente aceptación de la aplicación al ámbito sanitario del artículo 28 LGDCU, que impide predicar la exclusión de la responsabilidad médica de toda responsabilidad más o menos objetiva (GÓMEZ CALLE, «El fundamento...», p. 1763).

En tercer lugar, se muestra a través de la elevación del parámetro de conducta exigido al profesional, que se plasma en la *lex artis*. Así lo ponen de relieve, entre otros, BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997», *CCJC*, 1997, (mg. 1231), p. 1220); CUEVILLAS MATOZZI (*op. cit.*, p. 396), Díez-PICAZO (*Daños...*, pp. 122-123); ROCA TRÍAS (*Derecho...*, p. 28); YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, p. 222), ZWEIGERT y KÖTZ (*op. cit.*, pp. 649-650, que lo señalan como una tendencia general) y la propia GÓMEZ CALLE («El fundamento...», p. 1745-1748), que cita en apoyo de esta tendencia las SSTs de 29 de abril de 1988, 23 de febrero y 10 de octubre de 1994 y 7 de abril, 9 de junio y 28 de julio de 1997.

Finalmente, la paulatina aceptación de la atribución de una obligación de resultado a los profesionales médicos en relación a determinadas prestaciones sanitarias (a la que posteriormente nos referiremos), es muestra también de cómo en el marco de la responsabilidad médica existen corrientes de objetivación.

³⁴. Se dice al respecto que la aplicación rígida de los principios de culpa y carga de la prueba podría llegar a frustrar la finalidad reparadora de la responsabilidad civil. Por así decirlo, el médico «juega con ventaja», pues el paciente suele carecer de medios para enjuiciar el comportamiento profesional o saber qué ha ocurrido. La alta especialización del sector y el hecho de que frecuentemente los elementos que pueden servir para valorar la corrección de la intervención médica se encuentran en poder de los propios profesionales sanitarios son otros factores en este sentido. Por ello, es muchas veces la falta de prueba de la culpa lo que determina que no se produzca la condena del profesional. Así lo señalan diversos autores, entre los que cabe destacar a ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», pp. 48, 53); DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Responsabilidad civil...*, p. 69); ATAZ LÓPEZ (*Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid 1985, p. 255); CABANILLAS SÁNCHEZ (*Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona 1993, p. 161); GALÁN CORTÉS (*La responsabilidad civil del médico*, Japyro Ediciones, Madrid 1999, pp. 12-13); GÓMEZ CALLE («El fundamento...», pp. 1749-1750); PANTALEÓN PRIETO («Artículo 1902», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edición, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, p. 1983) o PLAZA PENADÉS (*op. cit.*, p. 80).

En Alemania, esta idea se refleja a través de la doctrina de la *Waffengleichheit*, conforme a la cual se busca un equilibrio ante la desigualdad de posiciones de las partes del proceso, de manera que se exige que el médico posibilite al enfermo la prueba de su pretensión mediante la obligación de documentación.

³⁵. Éstas, varían según los países:

- *Anscheinsbeweis* (o «prueba *prima facie*»): se trata de acreditar un hecho a través de otros que, a la vista de la experiencia general, justifican la conclusión de que el demandado fue negligente en el ejercicio del cuidado requerido por las circunstancias (LLAMAS POMBO, «Responsabilidad médica...», p. 312; OSTHEIDE, *Die schadensersatzrechtliche Problematik des unerwünschten Kindes im deutschen Zivilrecht*, Peter Lang, Frankfurt, 2000, p. 78). La exoneración del profesional se logra, según FISCHER y LILIE (*op. cit.*, p. 18) si se acredita que podía haber concurrido un evento atípico.

- *Res ipsa loquitur* («the thing speaks for itself»): sobre un hecho probado se deduce la culpa sobre la base de criterios de probabilidad. El profesional sanitario se exonera si prueba la posibilidad igual o mayor de que el daño se hubiera causado por un hecho diferente de su comportamiento). Un análisis más extenso en PROSSER y KEATON (*The law of torts*, 5ª edición, West Publishing Co., St. Paul (Minnesota) 1984, pp. 242-

tuales de la carga de la prueba (generalmente en relación con el deber de información que pesa sobre el profesional sanitario³⁶ o con los hechos cuya prueba le resulta a él más fácil, pues es el que se encuentra en posesión de la información³⁷).

257); JONES («Breach of duty», en KENNEDY y GRUBB, *Principles of medical law*, Oxford University Press, Somerset 1998, pp. 393-398); LUNNEY y OLIPHANT (*Tort law. Text and materials*, Oxford University Press, Cornwall 2000, pp. 170-175) o ROGERS (*Winfield and Jolowicz on tort*, 15ª edición, Sweet & Maxwell, London 1998, pp. 187-193).

- *Faute virtuelle* o culpa virtual: se deduce la negligencia de la anormalidad del resultado. Ha sido empleado por nuestra jurisprudencia en diversas ocasiones, cuando el resultado producido no se acerca al previsto (SSTS de 4 de noviembre de 1992, 2 de diciembre de 1996, 12 de junio y 13 de diciembre de 1997 y 19 de febrero y 22 de mayo de 1998).

DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad, Parte II», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1996 (5), pp. 143-144, nota 41) y LLAMAS POMBO («Responsabilidad médica...», p. 308), consideran estos mecanismos como algo más que presunciones. De hecho, ASÚA GONZÁLEZ («Responsabilidad civil médica», en *Tratado de responsabilidad civil*, Coordinado por L.F. Reglero Campos, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2002, pp. 988-989) niega que a través de estos instrumentos se modifique, invierta o desplace la carga de la prueba, puesto que ésta únicamente determina a quién perjudica la falta de prueba y las vías de facilitación de la prueba no alteran esta regla.

³⁶. Este traslado se justifica por diversos argumentos: la mejor situación del profesional para proceder a dicha prueba (GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid 2001, p. 582 o SÁNCHEZ GÓMEZ, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid 1998, pp. 98-99), la actuación en cumplimiento de su deber de información (CECCHINI ROSELL, «El deber de información del médico. Nacimiento de niño con síndrome de Down. Concepto de daño y relación de causalidad. Comentario a la STS núm 581/2002 (Sala de lo Civil), de 7 de junio (RJ 2002, 5216)», *RdPat*, 2003 (10), p. 185; LLAMAS POMBO, «Sentencia del Tribunal Supremo de 25 abril de 1994», *CCJC*, 1994 (36), (mg. 965), p. 1017); o la carga al paciente con la prueba de un hecho negativo: no haber recibido la información (EMALDI CIRIÓN, *El consejo...*, p. 282; ROMERO COLOMA, «La responsabilidad de la Administración pública sanitaria: imputación y relación de causalidad. En torno a la sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2001», *Revista española de Derecho Administrativo*, 2003 (117), p. 120).

Entre la jurisprudencia, así lo proclaman, entre otras, las SSTS de 25 de abril de 1994, 2 de diciembre de 1996, 1 de julio de 1997, 16 de octubre de 1998, 19 de abril de 1999 y 12 de enero de 2001. Un ejemplo de la aplicación práctica a nuestro caso es la SAP de Madrid de 5 de mayo de 1998 que estableció que el médico debía probar el motivo por el no se informó al paciente de la posibilidad de realización de ciertas pruebas, con sus ventajas e inconvenientes, a fin de que decidiera ella sobre su práctica.

Esta inversión de la carga de la prueba se realiza también en derecho comparado, como recogen los comparatistas FISCHER y LILIE (*op. cit.*, p. 20), o VON BAR (*Vol. II*, p. 323). Así, en Francia (FORTUNÉ-CAVALIÉ, *op. cit.*, p. 19); o Alemania (BERGMANN, *op. cit.*, pp. 12-13, 67; DEUTSCH, *Arztrecht...*, pp. 53, 73, 151 y 157; OSTHEIDE, *op. cit.*, p. 80). Pero en Inglaterra la carga de la prueba la tiene el paciente (KENNEDY y GRUBB, *Principles...*, p. 112 o SEYMOUR, *Childbirth and the law*, Oxford University Press, Cornwall 2000, p. 99).

³⁷. Esta apreciación suele realizarse en relación al aspecto documental de la obligación de información, pues el profesional queda obligado a conservar una serie de material (datos de la historia clínica y demás documentos complementarios): artículo 15.2 del Código de Ética y Deontología médica de 1990; artículos 4.1 y 15.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

Según GALÁN CORTÉS (*La responsabilidad...*, p. 14-15), se trata de la aplicación de la teoría de la «posibilidad de acceso a la prueba», elaborada por el Tribunal Constitucional en las sentencias 98/87, 227/91 y 7/94. Esta teoría, que entronca con principios de análisis económico del derecho (LLAMAS POMBO, «Responsabilidad médica...», p. 314), parte de que la carga de la prueba queda de lado de aquél para el cual le es más fácil aportarla. Esto no significa, sin embargo, que toda prueba relacionada con la responsabilidad médica se encuentre en esta misma situación. Como pone de relieve LLAMAS POMBO (*ibidem*), «no necesariamente es siempre el médico quien se encuentra en mejores condiciones de probar [...], pues hay hechos que sólo puede (y debe) probar el paciente. Pero es indudable que [...] al menos en vía de principio, parece más fácil para el

4. En una materia en constante evolución, como es la responsabilidad en general y la responsabilidad médica en concreto, no es fácil de predecir cuál de las tendencias se consolidará. Aunque por el momento parece dominante la que se inclina por la responsabilidad subjetiva «ortodoxa», el constante desarrollo científico y los consiguientes logros pueden inclinar la balanza hacia una progresiva exigencia de actividad de los profesionales que acerquen ésta a parámetros objetivos³⁸.

1.4. Las acciones de responsabilidad relacionadas con el inicio de la vida

1.4.1. Una muestra del incremento cualitativo de la responsabilidad civil médica

1. La tendencia de incremento de las reclamaciones por responsabilidad médica, unida a los avances técnicos en el diagnóstico previo al nacimiento —que abren el campo a nuevos deberes de comportamiento de los profesionales sanitarios³⁹—, así como a la nueva

primero la aportación de las pruebas necesarias. O, en todo caso, es muy probable que el médico pueda hacerlo de manera más eficiente».

Este autor destaca, pues, que en estos casos la distribución de la carga de la prueba se realiza de forma dinámica; operación similar a la teoría de las «cargas dinámicas», con la que guarda puntos comunes; pero de la que a la vez se distingue puesto que la atribución de la carga de la prueba, aunque flexible, responde a una regla fija: queda atribuida a aquél que está en mejores condiciones de hacerlo («Responsabilidad médica...», pp. 313-317). El problema de esta forma de atribución de la carga de la prueba, según LLAMAS POMBO, radica en que ha de esperarse a la sentencia para saber cuál de las partes debía probar cada extremo, ya que es el pronunciamiento judicial el que determinará qué parte tenía más facilidad para aportar el elemento probatorio. Por ello las partes han de concurrir al proceso con la conciencia de que si no realizan un esfuerzo probatorio adecuado a tal regla dinámica, serán sancionados con un fallo desfavorable.

³⁸. La valoración general de esta tendencia de aumento de la responsabilidad, como favorecedora del paciente, ha de hacerse depender de sus consecuencias. Así, si tal aumento responde a una aplicación de los principios y elementos de la responsabilidad civil, no hay motivo para oponerse a ello. En cambio, si no se coordina el incremento con un respeto a los parámetros de la responsabilidad civil y a sus requisitos y elementos, únicamente causará una descoordinación que generará descontento. En tanto que se emplee la responsabilidad civil como medio para satisfacer los intereses insatisfechos de los pacientes, en vez de como vía para componer los intereses en conflicto y repartir las cargas generadas por la actuación de los sujetos en la sociedad, el aumento de la conflictividad de la responsabilidad médica únicamente derivará en un descontento creciente respecto de la eficacia de este instrumento que pueda llevar a su alteración.

La responsabilidad civil no es la panacea de cara a la solución de los problemas de la sanidad y del daño que sufren los enfermos. Como destaca MARTÍN BERNAL, por un lado, los médicos critican estos progresos, que podrían llevar a la práctica de una medicina defensiva que, si bien tampoco evita que se cometan los errores médicos, puede atenuarlos (*Responsabilidad...*, pp. 268-269); por otro lado, la opinión generalizada entre médicos y pacientes es de insatisfacción, y el sistema no parece que contribuya a disminuir este sentimiento: ni la sanidad pública ni la privada contribuyen a convencer al ciudadano.

³⁹. La doctrina nacional y extranjera coincide en señalar cómo el aumento de los medios de detección de enfermedades preconceptivas o prenatales ha sido uno de los factores decisivos en el surgimiento y desarrollo de las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* o *wrongful life*, pues no en vano éstas se apoyan, como veremos posteriormente, en la reclamación de que no se diagnosticó a tiempo la existencia de un defecto o enfermedad en la descendencia futura que podría haber llevado a los progenitores a interrumpir el embarazo en curso o a no concebir. Muestra de ello son las siguientes palabras de TEFF (*op. cit.*, p. 424): «growing reali-

concepción social por la que la responsabilidad se considera como un instrumento para satisfacer cualquier daño o interés insatisfecho, cristalizan y encuentran su máxima expresión en las demandas de responsabilidad relacionadas con el comienzo de la vida, que se constituyen como caso particular dentro de la responsabilidad médica⁴⁰.

2. El origen de estas reclamaciones de responsabilidad se encuentra en las acciones de *disadvantaged* o *dissatisfied life* (vida insatisfactoria)⁴¹ que, desde el caso *Zepeda v. Zepeda* de 1963, comenzaron a plantearse ante los tribunales estadounidenses. Se trataba de acciones de responsabilidad de hijos frente a sus progenitores en reclamación por el daño que les había supuesto haber nacido en el seno de unas circunstancias familiares o sociales desventajosas (principalmente el estigma de la ilegitimidad)⁴². La demanda, en concreto, se centraba en la privación de una infancia normal en un hogar normal.

Pese a que estas acciones generalmente fueron rechazadas desde un principio (sobre la base de argumentos tales como la ausencia de daño, su contrariedad al orden público, o el

sation of the predictive capabilities of genetic technology and its capacity to produce successful medical outcomes, as well as enhanced public awareness of the burdens of genetic disorders, have strengthened consumer demands for compensation when things go wrong. We are no longer content to view as fate abnormalities preventable by modern screening techniques». Esta opinión se encuentra también en DEWITT ROGERS («Wrongful life and wrongful birth: medical malpractice in genetic counseling and prenatal testing», *South Carolina Law Review*, 1982 (33), p. 720); DONOVAN («Wrongful birth and wrongful conception: the legal and moral issues», *Family Planning Perspectives*, 1984 (16), p. 67); GALÁN CORTÉS (*Consentimiento...*, p. 313); JACKSON («Action for wrongful life, wrongful pregnancy, and wrongful birth in the United States and England», *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.*, 1995 (17), p. 536); OSTHEIDE (*op. cit.*, pp. 18-19) o PETERS y PETERS («Wrongful life: recognizing the defective child's right to a cause of action», *Duquesne Law Review*, 1980 (18), p. 857).

⁴⁰. Según señala FERRANDO («Nascita indesiderata, situazioni protette e danno risarcibile», en *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, A. D'Angelo, Giuffrè Editore, Milano 1999, p. 209 y *Libertà, responsabilità e procreazione*, CEDAM, Padova 1999, p. 187), «la nascita, e non più la morte della persona, sembra oggi essere una delle nuove frontiere della responsabilità civile». Igualmente destaca DEGUERGUE («Les préjudices liés à la naissance», *Responsabilité civile et assurances*, 1998 (número especial), pp. 14-15) cómo en relación al nacimiento destacan hoy más las reclamaciones por el hecho de la vida que por la posible muerte de los protagonistas de tal evento (madre o hijo). La vida pasa a ser fuente de daños resarcibles.

⁴¹. Inicialmente estas demandas se denominaron como *wrongful life*, lo que, como indica TEFF (*op. cit.*, p. 429), ha dejado su marca en el tratamiento posterior de las acciones que actualmente se denominan así: «the ridicule and opprobrium attaching to the "wrongful life" label, and the contention that to grant a remedy would be contrary to public policy, were to become dominant themes underlying the rejection of more intrinsically meritorious claims. Moreover, the other major rationale of non-liability –the cognisable or measurable kind of harm– arguably also derives as much from considerations of policy and principle as from any proclaimed technical or logical barriers». Esta misma influencia y la confusión subsiguiente es destacada por DEWITT ROGERS (*op. cit.*, pp. 717 y 738 nota 183).

⁴². En el caso *Zepeda*, en concreto, se trataba de la demanda de un niño frente a su progenitor por el hecho de haber nacido ilegítimo. El padre había convencido a la madre para mantener con él relaciones sexuales, bajo la promesa de matrimonio posterior; matrimonio que nunca se produjo (pues el hombre estaba ya casado), por lo que el niño nació bajo el estigma de la ilegitimidad. Un estudio de esta demanda y de sus argumentos, en PLOSCOWE («An action for "wrongful life"», *New York University Law Review*, 1963 (38), pp. 1078-1080).

riesgo que suponía abrir las puertas a este tipo de reclamaciones a las que seguirían otras muchas⁴³) y pese a que en la actualidad han decrecido en importancia⁴⁴, ciertamente abrieron el camino a la consideración del hecho de la vida o del nacimiento como daño.

El primer paso consistió en la reclamación por estos daños frente a sujetos distintos a los progenitores, generalmente las instituciones sanitarias o los profesionales sanitarios⁴⁵. Estas demandas, sin embargo, se enfrentaban con la dificultad de afirmar la existencia de un derecho del niño a no nacer en circunstancias desfavorables y un correlativo deber del médico frente al niño de hacer cumplir este derecho incluso por encima de la voluntad o de los derechos de integridad física de la madre. Por ello, tales pretensiones fueron mayoritariamente discutidas y rechazadas.

No obstante, este primer paso permitió plantearse otros diferentes y, de hecho, a partir de ahí, las posibilidades de reclamaciones se multiplicaron: por un lado, se abrió el camino a demandas en las que el daño reclamado no se centraba en una vida sana, sino en la vida enferma que no fue impedida por los progenitores (a través de aborto o de evitación de la concepción); nacían así, las demandas de reclamación de responsabilidad a los progenitores por procreación irresponsable. Por otro lado, el nacimiento en condiciones enfermas generaba una pretensión de reclamación cuando tales condiciones habían sido ocasionadas por la actuación de otros sujetos, generalmente los profesionales sanitarios (acciones de causación directa) y, dando un paso más, cuando estos sujetos no las habían provocado, sino, simplemente no habían informado de las mismas (acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*). Finalmente, el origen de la reclamación por *disadvantaged life* hizo surgir preten-

⁴³. Por ejemplo, en el caso *Zepeda v. Zepeda*, pese a que se aceptó la existencia de un daño, se rechazó su indemnización por el riesgo de demandas futuras: «Encouragement would extend to all others born into the world under conditions they might regard as adverse. One might seek damages for being born of a certain color, another because of race; one for being born with a hereditary disease, another for inheriting unfortunate family characteristics; one for being born into a large and destitute family, another because a part has an unsavory reputation».

⁴⁴. Según TEFF, «the possibility that any of the forms of social disadvantage contemplated in *Zepeda* could attract an award of damages is highly remote» (*op. cit.*, p. 429). De hecho, este tipo de demandas prácticamente han dejado de plantearse ante los tribunales.

⁴⁵. Éste fue el caso *Williams v. State of New York*, en que se trató la reclamación de una niña nacida de una madre con problemas mentales, concebida mientras estaba bajo la custodia de un hospital, donde fue violada. La niña reclamaba indemnización frente al hospital por haber sido producida la concepción ilegítima bajo la custodia del mismo. El caso se rechazó en apelación sobre la base de argumentos similares a los del caso *Zepeda v. Zepeda*, junto a otros en que se destacaba la ausencia de un deber del demandado frente al niño no concebido de impedir tal concepción.

siones de los progenitores por la creación de una vida sana, pero no deseada (acciones de *wrongful conception*)⁴⁶.

3. Aunque hay quien pretende que este tipo de acciones no son diferentes a otras acciones de responsabilidad y que, de hecho, responden a un desarrollo necesario del derecho de daños, como protección de los derechos de los padres⁴⁷, lo cierto es que la idea de que pueda ir aparejado un daño al comienzo de la vida es producto de los cambios señalados. Sólo en un contexto de constante ampliación de los límites de la responsabilidad y del concepto de daño puede surgir la pregunta de si es posible reclamar responsabilidad por un evento asociado al hecho de la vida.

Pese a ello, esta circunstancia, por sí sola, no debe llevar al automático rechazo de este tipo nuevo de reclamaciones de responsabilidad. En principio, la novedad de estos daños no debería ser un obstáculo para su consideración como daños jurídicamente indemnizables que abran la puerta a una demanda de responsabilidad. Los avances científicos en el ámbito del inicio de la vida de los últimos treinta años –las técnicas de reproducción asisti-

⁴⁶ . No obstante, el proceso no se encuentra terminado, puesto que es posible que en el futuro se encuentren nuevas circunstancias relacionadas con la vida o nacimiento que sean susceptibles de generar responsabilidad. Como señala OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 196), «der wrongful-birth-Problematik wohnt nicht zuletzt aufgrund der rasch fortschreitenden Entwicklung der medizinischen Wissenschaft eine dynamische Komponente inne, was bereits an der Vielzahl der möglichen Fallgestaltungen deutlich wird».

⁴⁷ . Esta afirmación es común, de hecho, entre los autores anglosajones. Ver al respecto, entre otros, «Note: Wrongful birth actions: the case against legislative curtailment», *Harvard Law Review*, 1987 (8), p. 2022; COHEN («Park v. Chessin: The continuing judicial development of the theory of “wrongful life”», *American Journal of Law & Medicine*, 1978 (4), p. 217); FURROW, *et al.* (*Health law*, West Group, St. Paul (Minnesota), 2000, p. 912); GOLD («An equality approach to wrongful birth statutes», *Fordham Law Review*, 1996, pp. 1010, 1012-1013); JACKSON («Action...», pp. 543 y 583; «Wrongful life and wrongful birth. The English conception», *The Journal of Legal Medicine*, 1996 (17), p. 359); KEASLER FOUTZ («“Wrongful life”: the right not to be born», *Tulane Law Review*, 1980 (54), p. 488); KELLY («The rightful position in “wrongful life” actions», *Hastings Law Journal*, 1991 (42), pp. 513-549), SYMMONS («Policy factors in actions for wrongful birth», *Modern Law Review*, 1987 (3), p. 276). En contra, BOPP, BOSTROM y MCKINNEY («The “rights” and “wrongs” of wrongful birth and wrongful life: a jurisprudential analysis of birth related torts», *Duquesne Law Review*, 1989 (27), pp. 466, 503, 506 y 514), que destacan cómo estas demandas requieren una nueva teoría legal, pues suponen «a radical departure from existing law».

En todo caso, estas afirmaciones no se han de interpretar como argumentos expresos de apoyo al reconocimiento de estas acciones, sino más bien como negaciones de la necesidad de la creación de un *tort* especial para el reconocimiento de la reclamación de los demandantes y, por tanto, como mera afirmación de su posible acogimiento dentro del *tort of negligence*. Esto se aprecia con claridad en el caso de STRASSER, autor que prefiere calificar las reclamaciones de *wrongful birth* y *wrongful life* como acciones normales de responsabilidad médica como modo de evitar los vacíos legales que produciría un reconocimiento específico de un *tort* para cada una de estas acciones, ante la existencia de casos mixtos («Misconceptions and wrongful births: a call for a principled jurisprudence», *Arizona State Law Journal*, 1999 (31), p. 172). Aunque la solución final no nos parece inadecuada, responde a un sistema de ejercicio de los derechos ante los tribunales únicamente en la medida en que se haya reconocido una acción específica, que no se corresponde con nuestro sistema, en que la responsabilidad aparece proclamada de manera general y no por tipos de daños.

da y los avances en genética y diagnóstico preconceptico y prenatal— abren el campo a nuevas prestaciones sanitarias en cuyo desarrollo se pueden producir daños respecto de los cuales reclamar responsabilidad civil⁴⁸. Lo que antes no era posible, ahora lo es; e, igualmente, lo que antes no era considerado un daño —por ser imposible de evitar o de atribuir a un sujeto—, ahora puede serlo⁴⁹.

El obstáculo se encontrará en la medida en que los supuestos de hecho de estos nuevos tipos de demandas de responsabilidad no reúnan los requisitos de la responsabilidad, de acuerdo con el régimen de responsabilidad conforme al cual se reclamen (administrativa, extracontractual o contractual). Aunque a menudo se ha señalado como argumento en contra de este tipo de demandas la existencia de obstáculos de tipo ético, por el hecho de que el concepto de daño se centra en la vida o en sus momentos anteriores o posteriores, como se verá posteriormente, el rechazo de la acción de responsabilidad deberá fundamentarse en los propios elementos de dicha acción y en su interpretación, dejando de lado las cuestiones extra y metajurídicas, en la medida en que no se integren en aquéllos o aquélla⁵⁰.

4. Por tanto, no se puede proporcionar una respuesta general apriorística respecto de la aceptación o rechazo de este tipo de demandas. Al contrario, para pronunciarse al respecto ha de estudiarse cada una de ellas a fin de ver si entran en el esquema de la responsabilidad civil. Ha de comprobarse, por tanto, si se trata de verdaderas acciones de responsa-

⁴⁸. Desde la perspectiva que aquí nos interesa, dos claros ejemplos de estos avances se encuentran en el campo sobre el que se centra este estudio: la genética y el diagnóstico en general preconceptico y prenatal. Los diagnósticos genéticos son importantes por su capacidad predictiva, es decir, por la posibilidad de diagnosticar algunas enfermedades y anomalías genéticas cuando todavía son presintomáticas o, al menos, de detectar una predisposición o susceptibilidad mayor a ciertas enfermedades (EMALDI CIRIÓN, «La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos», *La Ley*, 2001-5, D-142, p. 1603). Como señala USANDIZAGA BEGUIRISTÁIN, el número de malformaciones fetales diagnosticadas durante el embarazo crece continuamente (*op. cit.*, p. 581). En concreto, según MANNSDORFER, en la actualidad es posible diagnosticar hasta 400 enfermedades y discapacidades genéticas («Responsabilidad por lesiones prenatales. Fundamento, *wrongful life* y tendencias. Especial atención al derecho suizo», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2001 (15), p. 114).

⁴⁹. En este sentido se puede traer a colación lo que indica DE ÁNGEL YAGÜEZ (*Tratado...*, pp. 66-67) respecto del «dinamismo» que caracteriza la responsabilidad civil. Dice el autor: «con frecuencia, los problemas “nuevos” de la responsabilidad civil dan lugar a un tratamiento doctrinal autónomo o con personalidad propia», y cita entre otros, precisamente, los problemas derivados de la biotecnología y de la ingeniería genética.

⁵⁰. Ciertamente, las cuestiones metajurídicas no se presentan como marginales, puesto que se integran en cierto modo a través de la interpretación del concepto de daño. La calificación de la vida como daño depende, en definitiva, de la concepción ética que se tenga de ella: mientras que para unos la indemnización del nacimiento es un atentado a la dignidad de la persona y al valor de la vida, para otros no hay lesión alguna por el hecho de calificar el nacimiento como daño, ya que en el sistema económico actual todo tiene un valor y es susceptible de reparación. Finalmente, para un tercer grupo, más conciliador, no se produce atentado alguno, ya que el daño por el que se reclama no es la vida ni el nacimiento, sino de otro tipo.

bilidad o si, más bien, son perjuicios que, o bien han de ser asumidos por la víctima, o bien encuentran su satisfacción a través de otros instrumentos jurídicos.

Tal labor, sin embargo, excede con mucho los límites de este trabajo. Como se deduce del título del mismo, únicamente nos vamos a ocupar del estudio de la institución de la responsabilidad en relación con dos de estas acciones relacionadas con el nacimiento. Esto, sin embargo, no significa que no hagamos referencia al resto de los supuestos en los que se plantea un daño relacionado con el nacimiento.

De hecho, una breve visión de los mismos es útil no sólo con el fin de dibujar el panorama en que se encuadran las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* que aquí vamos a estudiar, sino también, fundamentalmente, por el hecho de que se trata en su conjunto de unas acciones que presentan elementos comunes (por lo que los problemas y las soluciones presentes en algunas de ellas son trasladables a otras, como, en la práctica, se ha hecho en ocasiones⁵¹). Al mismo tiempo, un recorrido por todas estas acciones de responsabilidad servirá para definir en qué consiste cada una de ellas y por qué se ha de diferenciar del resto; labor de distinción especialmente importante a fin de evitar confusiones entre ellas que lleve a un tratamiento inadecuado de las mismas.

1.4.2. Distinción entre los diversos supuestos de responsabilidad asociados al nacimiento de un niño

1. Entre la doctrina y la jurisprudencia se han planteado cuatro grupos de casos diferentes relacionados con el nacimiento de un niño⁵²:

⁵¹ . Esta relación se manifestará especialmente entre las acciones de *wrongful conception* y las de *wrongful birth*, como tendremos ocasión de señalar a lo largo del trabajo, pues no en vano se señala generalmente que las primeras surgieron anteriormente y allanaron el camino para las segundas (en este sentido, DEWITT ROGERS, *op. cit.*, p. 743). La mayor frecuencia de las acciones de *wrongful conception* permite constatar un tratamiento bastante consolidado de este tipo de problemas y, como supuesto en el que las cuestiones éticas se encuentran presentes en menor medida, pueden servir de base para contemplar el problema planteado al margen de opiniones y creencias. Es en este sentido, quizá, en el que afirma HAUBERICH (op. cit., p. 3) que la responsabilidad por nacimiento de niños sanos no deseados se constituye como el supuesto base que puede servir como punto de partida para reflexiones sobre la solución de casos más complicados.

⁵² . Al margen de éstas se encuentran también las acciones de *wrongful adoption*: se trata del caso que se plantea cuando una agencia de adopción de forma negligente o fraudulenta selecciona un niño con taras genéticas. Como señala DOBBS (*The law of torts*, West Group, St Paul (Minnesota) 2000, pp. 792-793), generalmente se acepta la demanda, que se basa en la reclamación de los padres adoptivos por las dificultades y los gastos aparejados a ese niño.

En tanto que la problemática planteada por estas acciones se basa principalmente en una responsabilidad generada por el contrato establecido con la agencia de adopción y en la normativa que la regula, no interesan

- Reclamación de responsabilidad por el nacimiento de un niño sano no deseado (*wrongful conception* o *wrongful pregnancy*⁵³).
- Reclamación de responsabilidad por el nacimiento de un niño nacido con taras causadas por la actuación del médico o de otros sujetos (causación directa o indirecta).
- Reclamación de responsabilidad por el nacimiento de un niño nacido con taras o enfermedades transmitidas por sus padres (procreación irresponsable).
- Reclamación de responsabilidad por el nacimiento de un niño nacido con taras o enfermedades de las que no se advirtió a los progenitores con anterioridad al transcurso del

de cara a un estudio relacionado con el hecho del nacimiento. No se trata tanto de la reclamación por la vida del niño o su discapacidad, cuanto por el incumplimiento de lo acordado con la agencia de adopción.

⁵³. Pese a que en general se considerarán ambas denominaciones como sinónimas, los términos *wrongful conception* y *wrongful pregnancy* son distinguidos por algunos autores estadounidenses, aunque con arreglo a criterios distintos. Así, mientras que KELLEY (*op. cit.*, pp. 949 y 951) distingue entre ambos según qué daños se reclama: si únicamente los relativos al embarazo (*wrongful pregnancy*) o más bien el nacimiento del niño y los gastos a él aparejados (*wrongful conception*), otros autores distinguen según el supuesto de hecho, reservando en general el término *wrongful pregnancy* para aquéllos relacionados con el proceso de embarazo en sí y *wrongful conception* para el resto (tal es el caso de BOPP, BOSTROM y MCKINNEY, *op. cit.*, pp. 464-465; BREGANTE, «Dignità del bambino e diritto alla pianificazione familiare dei genitori negli USA», en *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, A. D'Angelo, Giuffrè Editore, Milano 1999, p. 181 o STRASSER, *op. cit.*, pp. 163-165); o al revés, reservando el término *wrongful conception* para los supuestos de esterilización fallida (DICKENS, «Wrongful birth and life, wrongful death before birth and wrongful law», en *Legal issues in human reproduction*, Editado por S. A. M. McLean, Gower, Aldershot (Inglaterra) 1989, p. 82).

Aquí hemos preferido denominar genéricamente estos casos como *wrongful conception*, al igual que hace la doctrina española que se ha ocupado del tema (DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad, Parte I», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1996 (4), p. 107 y «La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de wrongful birth (4 de febrero de 1999) ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1999 (10), p. 119; EMALDI CIRIÓN, *El consejo...*, pp. 234-236; MARTÍN CASALS, «Wrongful conception and wrongful birth cases in Spanish law: two wrongs in search of a right», en *European Tort Law. Liber amicorum for Helmut Koziol*, Peter Lang, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien 2000, p. 183 y MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU, «Responsabilidad civil por anticoncepción fallida (wrongful conception)», *La Ley*, 2001 (2), D-45, p. 1; «Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos», *www.indret.com*, 03/2001, p. 2).

En todo caso, lo que es un error es denominar estos supuestos como *wrongful birth*, reservando el término *wrongful life* para los casos de diagnóstico preconcepcional o prenatal erróneo; pero es un error frecuente, comenzado por la STS de 6 de junio de 1997 y continuado por la jurisprudencia (SSAP Vizcaya de 9 de abril de 2001 y Madrid de 1 de junio de 2002) y gran parte de nuestra doctrina (entre otros, PÉREZ-TENESSA, «Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad», *Revista de Administración Pública*, 2001 (154), pp. 54 y 55 en comparación con p. 59; ROCA, «¿Resarcimiento de daños por el hijo nacido tras una esterilización?», *La Ley*, 1998-5, D-271, p. 1748; SÁNCHEZ GÓMEZ, «Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1997», *CCJC*, 1997, (mg. 1220), pp. 1064 y 1065; *Contrato...*, p. 103 y nota 158 o VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales: tipología y valoración*, Bosch, Barcelona 1994, p. 106 y 229; «El daño...», pp. 247-248 y 252-253) y por autores extranjeros de la talla de CAPRON («Tort liability in genetic counseling», *Columbia Law Review*, 1979 (79), p. 634 nota 62), FURROW («Diminished lives and malpractice: courts stalled in transition», *Law, Medicine & Health Care*, 1982 (10), p. 100); VRANKEN («Ausländisches Recht. Anmerkung», *Juristen Zeitung*, 1997 (18), p. 896), o el *European Group on Tort Law* (MAGNUS, *et al.*, *Unification of tort law: Damages*, Editado por U. Magnus, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston 2001, pp. 19-21, 40-41, 68-69, 84, 101-102, 114, 130-131, 154, 168, 179 y 205-206).

plazo fijado por la ley para el aborto, o con anterioridad a la concepción (*wrongful birth* y *wrongful life*).

2. En todos ellos el nacimiento aparece como presupuesto, pues se presenta como elemento en el cual se concreta el daño cuyo riesgo fue iniciado con la actuación del sujeto cuya responsabilidad se reclama, o con un evento producido en su ámbito de control. Por ello, cuando en cualquiera de estos supuestos el niño no llegue a nacer, no será posible una reclamación por la responsabilidad correspondiente, surgiendo en su lugar, si acaso, otro tipo de acciones, sean de tipo contractual, por el incumplimiento de los deberes asumidos por el profesional sanitario cuando éste se vea involucrado, sea por el hecho de la muerte del niño⁵⁴.

3. Pese a que comparten un presupuesto común, como es su relación con el nacimiento, estos casos plantean, como veremos a continuación, una problemática diferente que justifica su tratamiento individualizado.

Esto no significa que siempre se presenten de forma independiente; la serie de eventos que puede llevar, como colofón, al ejercicio de una acción de responsabilidad como medio para reparar el daño ocasionado a un niño que acaba de nacer puede ser muy compleja⁵⁵. Por ello, hay que tener en cuenta que es posible que en un mismo supuesto concu-

⁵⁴ . Estas acciones por la muerte del niño suelen ser entabladas por los progenitores frente al causante de tal muerte (si es que ésta es imputable a algún sujeto). Pero también se han desarrollado en los últimos años unas acciones que se ejercitan en nombre del propio ser fallecido. Todas ellas se denominan acciones de *wrongful death* (por oposición a las cuales se dice que tomaron su nombre las de *wrongful life*: DICKENS, *op. cit.*, p. 91). En ellas el debate se centra, especialmente, en la ausencia de legitimación activa del niño muerto: el *nasciturus* no es una persona, ni llega a serlo, porque muere antes. Esto dificulta la aplicación de determinadas normas referidas a la muerte de «personas» (como la Fatal Accidents Act 1976), así como la apreciación de un derecho lesionado (KENNEDY y GRUBB, *Medical law*, 3ª edición, Butterworths, Londres-Edimburgo-Dublin 2000, p. 1516; TEDESCHI, *op. cit.*, pp. 527-528).

Tales cuestiones han llevado al rechazo de estas acciones en Inglaterra (KENNEDY y GRUBB, *Medical...*, p. 1516) pero no en Estados Unidos. Como indica EMALDI CIRIÓN («La responsabilidad...», pp. 1608-1609; *El consejo...*, pp. 257-258), su tratamiento suele hacerse depender del grado de viabilidad que tuviera el feto en el momento de la muerte (aunque existen excepciones y críticas a tal parámetro, como hace DICKENS, *op. cit.*, p. 99). Para una visión más extensa, ver COLLINS («An overview and analysis: prenatal torts, preconception torts, wrongful life, wrongful death, and wrongful birth: time for a new framework», *Journal of Family Law*, 1983-84 (22), pp. 686-690), DICKENS (*op. cit.*, pp. 96-106) o DOBBS (*op. cit.*, pp. 782-783).

⁵⁵ . Así lo destaca también CARUSI («Fallito intervento d'interruzione di gravidanza e responsabilità medica per omessa informazione: il "danno da procreazione" nella giurisprudenza della Cassazione italiana e nelle esperienze straniere», *Rassegna di Diritto civile*, 1996 (2), p. 370). Por poner un ejemplo paradigmático, en el caso estadounidense *Speck v. Finegold*, nació un niño con neurofibromatosis tras una vasectomía de su padre y un aborto fracasado a su madre. Con ello se mezclan elementos de hecho de las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful conception*. Igualmente, entre nuestra jurisprudencia, éste fue el caso que se planteó en la STS de 10 de octubre de 1995: tras una esterilización fallida (supuesto *wrongful conception*), no se detecta en un principio el embarazo, se administran medicamentos a la embarazada y nace una niña con taras que muere al

rran características que hagan posible su adscripción a acciones de responsabilidad que reciben tratamiento diferente. En estos casos, se deberá resolver en atención a las circunstancias concretas, empleando las soluciones de las diversas acciones de responsabilidad por el nacimiento que aparezcan mezcladas en la medida en que resulten relevantes en el supuesto que se plantee en el caso concreto⁵⁶.

4. Antes de entrar en su estudio, no obstante, hay que hacer una breve mención a la cuestión terminológica, en tanto que a lo largo de todo este trabajo vamos a referirnos a este tipo de acciones de acuerdo con su denominación anglosajona. Dos son las razones principales que aconsejan tal proceder. La primera de ellas es la dificultad que existe en encontrar un término en castellano que reúna la misma carga significativa de la denominación anglosajona. Una traducción parece complicada, por la amplitud del significado del adjetivo *wrongful*, que obligaría a valerse de circunloquios para expresar su conjunto⁵⁷.

La segunda es que buscar un término alternativo se enfrenta al obstáculo de que deje de ser reconocible, pues es la terminología usualmente empleada para designar este tipo de casos. Dejando al margen el supuesto de las acciones de *wrongful conception*, respecto de las que existe una mayor variedad, *wrongful birth* o *wrongful life* se han convertido en las expresiones técnicas con las que se conoce este tipo de acciones⁵⁸. De esta forma, su uso facilita la comprensión del tema que se está tratando⁵⁹.

mes (supuesto de *wrongful birth* y *wrongful life*, o de causación directa si se demuestra que las taras provinieron del suministro de medicamentos). Desgraciadamente, en el momento de interponer la acción, ya había prescrito, con lo que el Tribunal Supremo no se pudo pronunciar sobre los daños ocasionados. No obstante, con ocasión de la cuestión de la prescripción de la acción sí distinguió cada uno de los casos como daños independientes (por un lado el fracaso de la esterilización, y, por otro, el diagnóstico erróneo).

⁵⁶. SEYMOUR (*op. cit.*, p. 76) niega que deba tratarse de forma distinta un caso en que se produzca el nacimiento de un niño no deseado que, además, se vea afectado por una malformación o defecto (que no era lo que se había querido evitar con el aborto o la esterilización fallida). El origen del supuesto en un caso de *wrongful conception* indica para el autor la clave para tratarlo (p. 129). Ahora bien, tal solución es adecuada siempre que, efectivamente, el hecho del defecto o enfermedad del niño no fuera relevante, pues no había intervenido en la decisión de los progenitores que optaron por la contracepción; sin embargo, si lo será cuando se contempló este defecto como fundamento para la intervención de esterilización.

⁵⁷. Así lo señalan DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Diagnósticos I...», pp. 107-108, nota 5) y GALÁN CORTÉS (*La responsabilidad...*, p. 122), si bien posteriormente el primer autor, (en «La segunda...», p. 124, nota 11) parece promover tal traducción, pues considera que «el vocablo de nuestro idioma que mejor refleja la idea que encierra el término inglés «wrongful» en este caso es el de «impropio», aunque no se me oculta que este último adjetivo es poco usual entre nosotros». Por su parte, opina EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, p. 233): «traducirlas al castellano defraudaría el significado que tienen en inglés, porque no hay palabras castellanas que capten dicho significado».

⁵⁸. Si bien en el ámbito de las acciones de *wrongful conception* se ensayan denominaciones más acordes con el lenguaje patrio (niño no deseado o inesperado, anticoncepción fallida o contracepción impedida en el caso de España; *bambino non voluto*, o *nascita indesiderata* en Italia; *unerwünschtes Kind* en Alemania y así

1.4.2.1. Nacimiento no deseado de un niño sano. Acciones de *wrongful conception*

1. En estos casos se plantea una demanda de responsabilidad por parte de uno o ambos progenitores ante el nacimiento de un hijo que no habían planeado tener⁶⁰; nacimiento que, de hecho, se ha tratado de evitar. Aunque el niño nace sano –lo que constituye la principal característica que distingue estos casos frente al resto⁶¹–, es precisamente el hecho de tal nacimiento no deseado el daño sobre el cual se establece la demanda: se reclama indemnización por los gastos que acarrea el nuevo miembro de la familia, así como (en ocasiones) daño moral por el embarazo no deseado.

2. La tipología de los casos es cuádruple:

- Práctica de una intervención de esterilización (ligadura de trompas, histerectomía o vasectomía) tras la cual se produce el nacimiento de un niño sano. En concreto, son dos los supuestos englobados en este tipo de casos: práctica negligente de la operación de esterilización⁶² y omisión de la información al paciente sobre los riesgos de fracaso de la inter-

sucesivamente), no ocurre lo mismo con las acciones de *wrongful birth* o *wrongful life* (salvo, quizá, el caso de la expresión alemana *Haftung für neues Leben*, donde realmente se confunden estas acciones con las de *wrongful conception*; o, con mayor claridad, la francesa *vie dommageable*, o *l'enfant préjudice*). Ya señalaba DE ÁNGEL YAGÜEZ («Diagnósticos I...», p. 107, nota 5) que una de las características de esta materia es: «la de sufrir una marcada dependencia o servidumbre, en lo terminológico, respecto de las construcciones doctrinales y jurisprudenciales anglosajonas, más concretamente norteamericanas».

⁵⁹. Por ello, no resulta tampoco adecuado inventar una nueva terminología, como hace COLLINS (*op. cit.*, p. 678) al sugerir los términos *wrongful formation* (en el que se incluirían los casos de *wrongful birth* y *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*; p. 691) y *wrongful impairment* (para la reclamación de responsabilidad del niño que nace con defectos).

⁶⁰. El ejercicio de una acción de responsabilidad por parte del niño frente al médico cuya negligencia es la que da pie a que se produzca el embarazo no deseado, por el momento, no se ha planteado ante nuestros tribunales y suscita escaso interés entre la doctrina. El motivo puede encontrarse en la dificultad de establecer un daño en sentido jurídico, dado que el niño nace en buenas condiciones de salud. Según sostiene BERENSON («The wrongful life claim –The legal dilemma of existence versus nonexistence: “To be or not to be”», *Tulane Law Review*, 1990 (64), p. 897 nota 9), no tiene sentido hablar de una acción del niño si no existe un daño aparejado: no puede reclamar por la vida misma. Frente a ello, DEWITT ROGERS (*op. cit.*, pp. 719), admite la posibilidad teórica de tal reclamación (a la que denomina «unplanned life action»), para el caso del nacimiento de un niño enfermo; pero es que en tal caso habrá que plantearse la causa de la enfermedad y analizar si esta acción del niño es por *wrongful life* o por causación directa del daño.

⁶¹. Como señalan FURROW, *et al.* (*op. cit.*, p. 911) y KEASLER FOUTZ (*op. cit.*, p. 485), la salud es el elemento a partir del cual se distinguen las acciones de *wrongful conception* de las de *wrongful birth* y *wrongful life*; pero también lo distingue respecto del resto de los casos.

⁶². SSTs de 10 de octubre de 1995 y 5 de junio de 1998. Otras muestras se encuentran en el derecho comparado; por ejemplo, ver en Alemania, HAUBERICHs (*op. cit.*, pp. 90-95) u OSTHEIDE (*op. cit.*, pp. 25-64); y en Italia, CARUSI (*op. cit.*, p. 354) o NOVELLINO («La procreación indeseada atribuida a mala praxis médica y la responsabilidad por daños», en *Derecho de daños. Daños en el derecho de familia, Cuarta Parte (A)*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires 2000, pp. 191-235).

vención o sobre el tratamiento o cuidados necesarios posteriores a la intervención, tendentes a garantizar el resultado perseguido⁶³.

Este último supuesto, basado en una intensificación del deber de información en el contexto de una prestación sanitaria que se dice que se aproxima a una obligación de resultado, es de hecho la solución que ha adoptado la doctrina y la jurisprudencia para conceder indemnización cuando se aprecia que la intervención de esterilización fue desarrollada conforme a la *lex artis*⁶⁴.

- Uso de métodos anticonceptivos que no producen el resultado esperado de impedir el embarazo. La responsabilidad puede plantearse en dos supuestos distintos relacionados con dos grupos de sujetos diferentes. En primer lugar, cuando la concepción se produce por un defecto del método anticonceptivo, la responsabilidad se podría plantear respecto del fabricante y del resto de sujetos a los que la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (Ley 22/1994, en lo sucesivo) hace responsables⁶⁵. En segundo lugar, se plantea la responsabilidad cuando un profesional sanitario aplica mal un anticonceptivo eficaz⁶⁶, prescribe un método anticonceptivo inadecua-

⁶³. SSTs de 25 de abril de 1994, 31 de enero de 1996 y 11 de febrero de 1997; y SSAP Barcelona, de 20 de septiembre de 1999; Badajoz, de 22 de abril de 1991; Valladolid, de 12 de febrero de 1994; León, de 17 de junio de 1994; Baleares, de 21 de enero de 1997; de Álava, de 18 de mayo de 1998; Alicante, de 9 de julio de 1999; y Valencia, de 18 de enero de 2000.

⁶⁴. No obstante, en aquellos casos en los que se constata un diligente cumplimiento de la obligación de información y de la intervención, se ha de denegar la acción de *wrongful conception* (como fue el caso de las SSTs de 11 de febrero y 27 de junio de 1997 y 11 de mayo de 2001). Para una visión general del estado de la cuestión, ver MARTÍN CASALS (*op. cit.*, pp. 179-195) y MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Responsabilidad...», pp. 1640-1648; «Anticoncepciones...», pp. 1-6; «Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002», CCJC, 2002, mg. 1627, pp. 1101-1104); igualmente, en derecho comparado, CARUSI (*op. cit.*, pp. 342-376).

De todas formas, hay que señalar que comienzan a alzarse voces en contra de la imputación directa de responsabilidad por la mera privación de información (ver al respecto, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, «Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2000», CCJC, 2000, mg. 1453 y SEUBA TORREBLANCA, «Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2001», CCJC, 2001, mg. 1527).

⁶⁵. STS de 24 de septiembre de 1999: una mujer que sufrió el embarazo no deseado interpuso su demanda frente al servicio sanitario público y también frente al productor del DIU que le había sido implantado. Éste fue condenado, al no presentarse en el proceso. Otro ejemplo se encuentra en la sentencia alemana del LG Limburg de 18 de junio de 1969, en que un matrimonio demandaba al fabricante de una píldora anticonceptiva, sobre la base de que, frente a la promesa del fabricante, el preparado no había proporcionado la garantía de evitar el embarazo, dado que había nacido un niño no deseado. El caso se resolvió conforme a las normas de responsabilidad civil, si bien no existía por entonces normativa sobre productos defectuosos. Fue rechazada la demanda por cuestiones de hecho (HAUBERICH, *op. cit.*, p. 89).

⁶⁶. Es, de nuevo, el caso de la STS de 24 de septiembre de 1999. Se rechazó la responsabilidad del servicio Valenciano de Salud que había sido demandado, al estimar que el defecto procedía del producto y que no existía relación de dependencia con respecto del fabricante por la cual proclamar la responsabilidad por hecho ajeno. En Holanda el *Hoge Raad* resolvió un caso de ineffectividad de los anticonceptivos prescritos (se retira un DIU en el curso de una intervención y no se repone de nuevo, sin avisar de ello a la mujer), en la sentencia de 21 de febrero de 1997, que fue la primera en enfrentarse en ese país a un caso de *wrongful conception* (un

do para el paciente, prescribe como método anticonceptivo un medicamento que careciera de tal virtud⁶⁷ o no prescribe método anticonceptivo alguno, en la creencia de que no era necesario para impedir el embarazo por estimarse una situación de esterilidad⁶⁸.

Se excluye generalmente la responsabilidad cuando el embarazo se debe a una incorrecta utilización del método anticonceptivo por el propio paciente (culpa de la víctima)⁶⁹.

- Interrupciones de embarazo fallidas: pese al sometimiento de la mujer a una intervención de interrupción voluntaria del embarazo, no se produce el resultado buscado –por negligencia del médico o de los médicos intervinientes–, pues nace un niño⁷⁰. Hay que advertir, no obstante, que algunos autores consideran que estos casos se encuentran a medio camino con los supuestos de *wrongful birth* o *wrongful life*, en tanto que entra en juego la facultad de abortar⁷¹. Sin embargo, aunque ciertamente este caso comparte elementos de tal problemática, no se puede hablar de una privación *a priori* de la facultad de aborto, sino de que éste se realizó de forma negligente. Por otra parte, el niño de este supuesto, es un niño sano, no enfermo, como en los casos de *wrongful birth* y *wrongful life*.

resumen de la sentencia, en alemán, se puede leer en *Juristen Zeitung*, 1997, pp. 893-894; y el texto en holandés en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1998, pp. 324-327).

⁶⁷. A estos supuestos hace referencia en concreto HAUBERICH (op. cit., p. 3 y 88-90). Entre la jurisprudencia alemana de finales de los años 60 a principios de los años 70 se plantearon una serie de supuestos en los que una mujer a la que se le había recetado por un facultativo un método anticonceptivo oral (en general la comúnmente llamada «píldora anticonceptiva») recibía en la farmacia un medicamento distinto que carecía de facultades anticonceptivas, resultando posteriormente el embarazo de la mujer que se creía protegida por el supuesto anticonceptivo que tomaba (LG Itzehoe de 21 de noviembre de 1968 y LG München 27 de febrero de 1970). En Estados Unidos, un caso de este tipo es *Troppi v. Scarf*, en que un farmacéutico confundió una receta de anticonceptivos con una de tranquilizantes.

⁶⁸. Este caso, en el que se plantea una omisión del comportamiento debido, fue el contemplado por la sentencia del LG Duisburg de 7 de marzo de 1974. En él se trataba de una mujer a la que, tras una operación por un problema en el útero, el médico le informó de que había quedado estéril, motivo por el cual la mujer no adoptó precauciones anticonceptivas en sus relaciones y concibió un hijo como consecuencia de las mismas.

⁶⁹. Aparte, algunos autores mencionan en estos casos la posibilidad de estimar una concurrencia de culpas de los progenitores por el hecho de que debían haberse dado cuenta (por el nombre del medicamento, el envoltorio o su prospecto) de que el preparado que estaban tomando no tenía las características de un anticonceptivo. Se requiere, por tanto, una mínima comprobación del medicamento suministrado. Ver al respecto, OSTHEIDE (op. cit., pp. 138-140), que recoge el estado de la doctrina alemana al respecto.

⁷⁰. Pese a que en España no se ha planteado ningún caso de este tipo, ha sido relativamente frecuente entre la jurisprudencia extranjera. En concreto, en Alemania, por ejemplo, resuelve sobre estos casos el OLG Stuttgart de 28 de enero de 1987. En Italia, las sentencias de la *Corte d'Appello di Venezia* de 23 julio 1990, *Corte d'Appello di Bologna*, de 19 de diciembre de 1991 y *Tribunale di Cagliari* de 23 de febrero de 1995 concedieron indemnización por los gastos de educación y mantenimiento; a diferencia de la sentencia de la *Corte di Casazione* de 8 de julio de 1994 (lo que, según indica POZZO, «*Wrongful birth in Italy*», *European Review of Private Law*, 2, 1992, pp. 253 y 256, causa una cierta inseguridad). En Francia, hay que destacar dos casos: la decisión del *Conseil d'État* de 2 de julio de 1982 y la sentencia de la *Cour de Cassation* de 25 de junio de 1991. En Estados Unidos, se aceptó la responsabilidad en *Nanke v. Napier*, *Wilezynski v. Goodman*; *Mores v. Soffer* y *Miller v. Johnson*. Finalmente, en Inglaterra, se trató de este supuesto en el caso *Sciuriaga v. Powell*.

⁷¹. En concreto, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Responsabilidad...», p. 1641; «Anticoncepciones...», p. 3).

- Embarazos no detectados con anterioridad al transcurso del plazo fijado legalmente para la interrupción voluntaria del embarazo⁷². Cuando se produce posteriormente el nacimiento, se interpone una acción de responsabilidad por no haber podido la mujer optar por un aborto. Al igual que ocurre con el caso anterior, este supuesto se aproxima al de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, si bien la diferencia estriba en que no se trata de un aborto embriopático⁷³.

3. Aunque en estas acciones el daño parece identificarse con el niño que ha nacido, la contradicción de este daño con la moral social lleva a la doctrina a buscar otras alternativas a la hora de establecer cuál es el daño reparable⁷⁴. El éxito en este cambio de perspectiva a la hora de justificar el daño ha sido una de las causas de su aceptación general⁷⁵, si bien las dudas permanecen en torno a la cuestión del monto de la indemnización⁷⁶. Este cambio de perspectiva se produce fundamentalmente en torno a dos soluciones⁷⁷:

⁷² . Este caso, planteado en el caso *Allen v. Bloomsbury Health Authority*, ha sido estudiado por la doctrina extranjera: BERENSON (*op. cit.*, p. 899 nota 15), HAUBERICH (op. cit., p. 3); KEASLER FOUTZ (*op. cit.*, p. 483); SEYMOUR (*op. cit.*, pp. 91-92) y THOUVENIN (*La détection des anomalies fœtales*, Tomo 2. *Analyse juridique*, CTNERHI, Paris 1995, pp. 404-405), a los cuales nos remitimos para un análisis detallado.

⁷³ . De hecho, la no correspondencia del supuesto de hecho con el del aborto embriopático impedirá en el caso del Ordenamiento español el planteamiento de este tipo de acciones. Sólo en aquellos países en los que el aborto sea libre o esté condicionado únicamente a un sistema de plazos, la falta de diagnóstico del embarazo podrá constituir un supuesto en el que posteriormente se pueda reclamar por el nacimiento de un niño no planeado. En cambio en España sólo se podrá hablar de «nacimiento no deseado» cuando concurren en ese embarazo no diagnosticado alguna de las circunstancias que establece la legislación para permitir la interrupción del embarazo (artículo 417.bis Cp). Por ello, no sólo no es un supuesto de *wrongful birth*, sino que difícilmente se podrá plantear una reclamación de responsabilidad cuando el aborto no fuera posible. De hecho, TROTZIG declara que se trata de situaciones que no encajan en las demás categorías («The defective child and the actions for wrongful life and wrongful birth», *Family Law Quarterly*, 1980 (XIV número 1), p. 29).

⁷⁴ . De todas formas, señala ROCA (*op. cit.*, p. 1746) que en España la mayoría de los casos de *wrongful conception* no han entrado a plantear cuestiones sobre la compatibilidad con la dignidad humana de la calificación del niño como daño. Tal afirmación, si bien es cierta en el ámbito jurisprudencial (donde, como mucho, se parte de la negación de que el niño en sí pueda ser un daño, como en la SAP Baleares, de 16 de junio de 1994 y STSJ-Cataluña [Social] de 9 de noviembre de 1993), no lo es en el doctrinal, donde ha recibido más atención (aunque ciertamente no ha alcanzado los niveles planteados en Alemania).

⁷⁵ . Así, señalan BOPP, BOSTROM y MCKINNEY (*op. cit.*, pp. 465-466) que el hecho de que el daño se centre en el embarazo no deseado, en vez de en la vida resultante, ha permitido que las cuestiones éticas y filosóficas sobre la existencia se dejen a un lado. De hecho, la *ratio* de aceptación de estas demandas en Estados Unidos es muy superior a la de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* (comparar, pp. 462, 463 y 464).

⁷⁶ . GARCÍA RUBIO («Sentencia del Tribunal Supremo de 20 mayo 1998», *CCJC*, 1998, (mg. 1312), pp. 1218-1220), por ejemplo, admite la indemnización respecto del daño patrimonial generado por la carga de alimentos que lleva aparejado el nacimiento; pero restringe el reconocimiento del daño moral a la angustia o frustración que ocasiona el error médico, rechazando que se trate de un daño corporal (pp. 1220-1221). Frente a esta opinión doctrinal favorable, las sentencias que resuelven sobre el tema (SSTS de 25 de abril de 1994 y de 5 de junio de 1998) aceptan el daño patrimonial, pero no el daño moral. Priman en este caso los argumentos sobre la santidad de la vida, dejando al margen el concepto general de daño moral que maneja la jurisprudencia.

En el derecho extranjero la tónica general es la limitación de la indemnización (tal es el caso, por ejemplo, de Estados Unidos). En Alemania, en cambio, se acepta por la doctrina y la jurisprudencia (principal-

- La primera, procedente de la doctrina alemana, es la llamada teoría de la separación (*Trennungslehre*)⁷⁸. Consiste en la distinción, desde un punto de vista teórico, entre el niño que ha nacido y los gastos que el mismo genera a través del deber de mantenimiento del niño que pesa sobre los padres desde el momento en que se produce tal nacimiento. El daño por el que se exige la indemnización a través de la acción de responsabilidad no es el nacimiento del niño en sí, sino los gastos que lleva aparejados (*Unterhaltsaufwand*)⁷⁹.

- La segunda de las soluciones alternativas sostiene que el daño que experimentan los progenitores del niño no deseado se encuentra en la lesión de la libertad de procrear⁸⁰. Tal libertad emana del artículo 10.1 CE en su reconocimiento de la dignidad de la persona y

mente por el BGH, no tanto por el BVerfG) de forma reiterada la indemnización en estos casos del daño patrimonial por los gastos generados por el hijo, y del daño moral por la lesión a la integridad física de la madre por el embarazo no deseado.

⁷⁷. Junto a estas teorías principales, existen otros dos argumentos menos empleados. Por un lado, se define como daño el desasosiego y la incertidumbre que les produce a los progenitores la llegada inesperada de un nuevo miembro a la familia (MARTÍN CASALS, *op. cit.*, p. 187). Por otro lado, la lesión de la integridad corporal de la mujer por el proceso de embarazo no deseado (HAUBERICH, *op. cit.*, pp. 88-103), o a su integridad moral (STS de 24 de septiembre de 1999: «hubo un daño moral porque se creó una situación depresiva que alteró su armonía anímica [de la mujer] y le produjo un inevitable estado de preocupación atentatorio a su libertad por causa de la gestación no deseada. Hay un daño por la frustración de las expectativas de no desear el embarazo de la interesada, con atentado efectivo a su decisión de gestación»).

⁷⁸. Así se la denomina a partir de la obra de HARRER (*Zivilrechtliche Haftung bei durchkreutzter Familienplanung*, Verlag Peter Lang, Frankfurt-Bern-New York-Paris 1989, p. 11).

⁷⁹. Sin perjuicio de que los postulados de esta teoría se estudien con mayor detenimiento posteriormente en el capítulo del daño, hay que indicar que esta solución es la que parece haber adoptado entre nuestros autores GARCÍA RUBIO (*op. cit.*, p. 1218) en tanto que declara que el daño no es el nacimiento del hijo, sino: «la carga suplementaria que para los padres va a representar el sostenimiento y educación de este hijo».

⁸⁰. Tal teoría, de hecho, es aceptada entre nuestra doctrina por una serie de autores, entre los que destacan especialmente MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Responsabilidad...», p. 4; «Anticoncepciones...», p. 10-13; «Sentencia...», p. 1103) y MARTÍN CASALS (*op. cit.*, pp. 190-195), que atribuyen tal posición también al Tribunal Supremo (SSTS de 24 de septiembre de 1999 y de [3ª] 3 de octubre de 2000; la primera de ellas sostuvo: «el daño es la frustración de las expectativas de no desear el embarazo de la interesada, con atentado efectivo a su decisión de gestación») o MEDINA CRESPO (*La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado*, Tomo I, Dykinson, Madrid 1999, p. 94). Igualmente, en Italia, PALMERINI («Note di commento: Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?», *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2001 (2), p. 214) y POZZO (*op. cit.*, p. 255) admiten la indemnización por lesión de la libertad de procreación. Así, declara la primera autora: «riconosciuto che la gravidanza e la nascita di un figlio non possano di per se rilevare quale fonte di un danno biologico, si ammette tuttavia, per accordare il risarcimento, che sia stato leso il diritto alla procreazione consapevole e responsabile, ovvero la libertà di autodeterminarsi in ordine ad atti che coinvolgono il proprio corpo e in particolare la sfera procreativa».

En cambio, entre la doctrina alemana esta solución sigue una suerte cambiante. El debate se centra en la inclusión del derecho a la planificación familiar entre los derechos absolutos (*sonstigen Rechten*) que contempla el § 823 I BGB. Como simple muestra, MERTENS («Ein Kind als Schadensfall?», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1969 (5), pp. 252-253) niega la existencia de un derecho absoluto a la planificación familiar o a la autodeterminación en materia de concepción; mientras que tanto HARRER (*op. cit.*, pp. 238-245), como LANKERS («Zur Abwälzung von Unterhaltskosten», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1969 (7/8), p. 385), LARENZ y CANARIS (*op. cit.*, p. 515) o WEBER (*Arzthaftpflicht für Nachkommenschaftschäden?*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg 1988, p. 48) parecen aceptar tal derecho como derivado del derecho a la personalidad general. Para un resumen de esta discusión, ver OSTHEIDE (*op. cit.*, pp. 96-101).

el libre desarrollo de la personalidad, como expresamente ha reconocido el Tribunal Constitucional en su sentencia 215/94, de 14 de julio⁸¹. La libertad de procrear, cuyo ejercicio va íntimamente unido al avance de la ciencia y a la existencia de técnicas médicas anticonceptivas, puede ser ejercitada tanto en sentido positivo –decisión de procrear–, como negativo –decisión de no procrear–, y cualquier conducta que frustre esta decisión supone una lesión de esta libertad (y, con ello, un daño jurídicamente identificable).

4. Esto no significa que no hayan existido diversas teorías que niegan la apreciación de la responsabilidad en estos casos. De entre ellas hay que destacar especialmente la que se refiere a la mitigación del daño. Ésta sostiene que, aunque se aceptara que el nacimiento del niño acarrearía un daño, no debería ser indemnizado, puesto que es deber de la víctima mitigar el daño (mitigación que consiste en un aborto o en la entrega en adopción del niño no deseado). No obstante, hay que advertir de que se trata de una teoría muy discutida, sobre la base de la exigibilidad de estas conductas a la mujer⁸².

⁸¹ . ROCA TRÍAS, en cambio, entiende que emana del derecho a la salud, pues sólo por tal vía se puede limitar esta libertad de cara al acceso de las técnicas de reproducción asistida («La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional», en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso mundial vasco*, Editorial Trivium, Madrid 1988, pp. 26 y 29-35).

⁸² . En nuestro Ordenamiento, la mayoría de la doctrina es contraria a este razonamiento, pues, entre otros motivos, se considera que se trata de actuaciones que no le son exigibles a la víctima (y el principio de mitigación del daño se apoya en la existencia de un proceder que le pueda ser exigido a la víctima para la atenuación del daño que sufre). Así, GARCÍA RUBIO (*op. cit.*, p. 1220); MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Responsabilidad...», p. 1643; «Anticoncepciones...», p. 7) o PANTALEÓN PRIETO («Procreación artificial y responsabilidad civil», en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana (II Congreso mundial vasco)*, Editorial Trivium, Madrid 1988, p. 251, nota 14). Además, como pone de relieve MARTÍN CASALS (*op. cit.*, p. 188), si se parte de que el niño en sí mismo no es el daño, el rechazo de la adopción o del aborto no puede ser considerado mitigación del daño.

El mismo rechazo categórico se produce en el caso de Estados Unidos, como recoge tanto la jurisprudencia (casos *Burke v. Rivo*; *Jones v. Malinowski* o *Troppi v. Scarf*), como la doctrina (CAPRON, *op. cit.*, p. 632 nota 53; FURROW, *et al.*, *op. cit.*, p. 921). Especialmente interesantes son los argumentos que aportan DOBBS (*op. cit.*, pp. 800-801: la entrega del niño en adopción o el aborto sería una mitigación del daño si el daño reclamado fuera exclusivamente un daño económico, pero dado que en estas acciones se reclama también un daño moral, no se puede hablar aquí de mitigación alguna) y SEYMOUR (*op. cit.*, p. 81, que toma en consideración la invasión que tales previsiones producirían en la esfera privada de la mujer).

En cambio, las dudas surgen en Alemania e Inglaterra. Por lo que respecta al primer país, el BGH distingue entre el supuesto de que se exija como mitigación un primer aborto o que se exija la repetición del aborto fracasado (HARRER, *op. cit.*, p. 139; OSTHEIDE, *op. cit.*, pp. 135-137). En este último caso, en concreto, admite *obiter dictum* que se podría considerar exigible la conducta cuando las circunstancias no hayan variado respecto del primer aborto (por ejemplo, sentencia del BGH 18 de marzo de 1980). La doctrina, sin embargo, critica tal posicionamiento, pues, como destaca DEUTSCH («Das Kind oder sein Unterhalt als Schaden – Eine methodische Grundfrage des geltenden Rechts», *Versicherungsrecht*, 1995, p. 611), no se produce interrupción del curso causal; y, según OSTHEIDE, no hay razón para tratar de forma distinta el segundo aborto respecto del primero: se debe dejar a los padres la posibilidad de adoptar una decisión distinta, puesto que no existe una obligación jurídica de practicar el aborto (*op. cit.*, pp. 136-138). No obstante, tampoco hay unani-

1.4.2.2. Nacimiento de un niño con defectos o enfermedades

Los tres casos siguientes, a diferencia del anterior, se caracterizan por el hecho de que la responsabilidad surge en torno al nacimiento de un niño enfermo, cuya concepción ha sido deseada (aunque el resultado final, no)⁸³. Entre ellos, sin embargo, existen diferencias que los individualizan entre sí, motivo por el cual se han de ver por separado.

1.4.2.2.1. La responsabilidad por causación directa e indirecta del daño

1. En este caso, se produce el nacimiento de un niño con algún tipo de enfermedad o malformación debida a la actuación de un determinado agente físico —generalmente un profesional sanitario, pero también cualquier otro sujeto—, anterior al nacimiento (lesiones prenatales) o, incluso, a la concepción (lesiones preconceptivas). Lo importante aquí es que se puede afirmar que, de no ser por la actuación del agente productor del daño, el niño habría

midar, pues, por ejemplo, PICKER («Wrongful birth...», pp. 507-508) acepta implícitamente la mitigación, al declararla coherente con la asunción de un criterio económico para conceder la indemnización del daño.

Por lo que respecta a Inglaterra, se parte de que el aborto es una exigencia irrazonable que coloca a la mujer frente al mismo dilema que buscaba evitar (*Emeh v. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority*; STRASSER, *op. cit.*, p. 199 y nota 244). Como señala WHITFIELD («Actions arising from birth», en KENNEDY y GRUBB, *Principles of medical law*, Oxford University Press, Somerset 1998, p. 700), la mera existencia del aborto no convierte en irrazonable la negativa a su práctica. No obstante, se deja abierta la posibilidad de que en ciertas circunstancias el aborto «might be expected». Así, si las razones para interrumpir el embarazo son tales que pudiera estimarse que ninguna mujer razonable en dicha situación rechazaría interrumpirlo (por ejemplo, por la existencia de malformaciones), hay que considerar que la conducta negativa a la interrupción del embarazo es *novus actus interveniens* que impide la imputación del daño a persona distinta (así lo recogen KENNEDY y GRUBB, que ponen en cuestión esta teoría, puesto que no se pueden considerar como «irrazonables» los motivos religiosos o morales que llevan a la mujer a rechazar el aborto; *Medical...*, p. 1582). De hecho, JACKSON («Wrongful...», p. 377) afirma: «it is not unreasonable to deny parents damages if they have decided that they love and wish to keep their children». Así mismo, la entrega en adopción la contempla como una opción que puede beneficiar tanto a los padres, como al niño y, por tanto: «damages should not be awarded to parents who either explicitly or implicitly acknowledge the very great pleasure which they experience as a result of the birth of their child» (p. 378). Frente a ello, DICKENS (*op. cit.*, p. 86) duda de que los tribunales lleguen a imponer un deber de abortar.

⁸³. Hay autores que consideran que el hecho de que el resultado no sea lo que los progenitores buscaban convierte todo el supuesto en un caso de nacimiento indeseado. En palabras de SEYMOUR, «the child was initially wanted, but becomes unwanted» (*op. cit.*, p. 93). Esta concepción se encuentra especialmente entre los autores italianos, que afirman que la concepción y el nacimiento sólo era deseado porque no se sabía lo que resultaría; en realidad, sólo es deseado el niño en la medida en que se esperaba un niño sano. Por ello, suelen estudiar conjuntamente los casos de *wrongful birth* y *wrongful conception* a los que denominan *bambino non voluto* o *nascita indesiderata*. En este sentido, DASSIO («Il principio di irrisarcibilità della nascita indesiderata nell'ordinamento francese», en *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffrè Editore, Milano 1999, p. 109); FERRANDO («Nascita...», p. 209 y siguientes y *Libertà...*, pp. 187, 203); LUPOI, *et al.* («Un bambino non voluto è un danno risarcibile? Presentazione del distillato dell'Alambicco», en *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffrè Editore, Milano 1999, p. 25) y PALMIERI («Nota a las Sentencias de la Corte di Cassazione di 24 marzo 1999 y del Tribunale di Perugia di 7 settembre 1998», *Foro Italiano*, 1999, p. 1804 nota 1-2).

nacido sano. Esta circunstancia, que sitúa la mayoría de esos casos en el seno del delito de lesiones prenatales y de manipulación genética (artículos 157 a 162 Cp)⁸⁴ es, de hecho, la característica principal de este tipo de acciones de responsabilidad, que las distingue especialmente de las aquí estudiadas⁸⁵.

2. La actuación del agente puede producirse en tres momentos: antes de la concepción, durante el embarazo y en el momento del parto:

- Daños previos a la concepción: cuando se trata de una concepción natural, estos casos se plantean en relación a una actuación –médica o de otro sujeto–, que altera de alguna forma las condiciones físicas o genéticas de los progenitores impidiéndoles concebir un descendiente sano⁸⁶. En cambio, si se trata del empleo de técnicas de reproducción asistida (fecundación *in vitro*, inseminación artificial y transferencia intratubárica de gametos), este tipo de reclamaciones de responsabilidad se puede producir por cualquier actuación de los profesionales sanitarios –la intervención de un agente sin conocimientos médicos es difícil– en relación a la conservación o manipulación del material reproductor, que ocasiona daños a éste o al preembrión ya fecundado⁸⁷.

- Daños durante el embarazo: en este caso, los daños se pueden ocasionar tanto por acción, como por omisión. Comenzando por los supuestos de comportamientos activos,

⁸⁴ . Respecto de la protección penal del *nasciturus* en nuestro país, hay que recordar que el Código Penal de 1973 no incluía específicamente el tipo penal de las lesiones prenatales, por lo que la aplicación de los artículos generales sobre lesiones (418 a 428) a las ocasionadas en fase prenatal se producía únicamente si éstas persistían tras el nacimiento. Como indica EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, p. 204), «se dejaba fuera del ámbito punitivo aquellas conductas que atentaran contra otros bienes o interés de aquéllos [los *nascituri*] que no fuesen la vida». En cambio, tras la reforma del Código Penal de 1995 se amplía significativamente la protección de la vida y de la salud en fase prenatal con la inclusión en los artículos 157 y 158 de un tipo específico de lesiones al feto y los delitos sobre manipulación genética.

⁸⁵ . Así lo destaca DEWITT ROGERS (*op. cit.*, pp. 714 nota 13, 734).

⁸⁶ . Ejemplos de estos casos son: intervenciones quirúrgicas en la mujer (caso estadounidense *Albala v. City of New York*: una mujer sufre una perforación del útero en una intervención de interrupción del embarazo. Cuatro años después concibe un hijo que nace con retraso mental, defecto psíquico que se atribuye a la lesión sufrida); prescripción de medicamentos que influyen en la concepción (caso estadounidense *Enright v. Eli Lilly & Co*: una niña sufre lesiones por su nacimiento prematuro, causado por un defecto del sistema reproductivo de su madre que se generó por su exposición *in utero* a un medicamento tomado por la abuela de la demandante. Demandados los productores del medicamento, se niega la responsabilidad, porque el daño producido a una mujer del que resulta un daño para su descendiente no permite a éste interponer a su vez acción frente al agente), o sometimiento de los progenitores a tratamientos o exposiciones (v. gr. radiación). Fuera del ámbito médico, los ejemplos más comunes son los de traumatismos que afectan a la capacidad reproductora, pero también se han de incluir otras actuaciones (v. gr. escapes radioactivos, vertidos tóxicos...).

⁸⁷ . PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», pp. 262-263) menciona como ejemplos los casos de defectos sobrevenidos como resultado de los procedimientos de obtención o conservación del material genético, manipulaciones de tal material o daños sufridos en los procesos de crioconservación o de transferencia al útero. Otros ejemplos, en DOBBS (*op. cit.*, pp. 788-789).

cuando se plantea la intervención de un profesional sanitario, el daño suele proceder de una actuación que altera de forma directa o indirecta el desarrollo del embrión o feto⁸⁸. Cuando se trata de un sujeto ajeno al ámbito médico, los daños suelen plantearse por traumatismos sobre el embrión o feto⁸⁹.

Junto a ello, se puede plantear la posibilidad de que el médico haya incurrido en una omisión a partir de la cual se origine el daño del niño. Tal sería el caso de que el médico no tratase *in utero* una enfermedad que afecte al embrión o feto, cuya curación fuera posible de acuerdo con los conocimientos científicos y técnicos de aquel momento⁹⁰.

- Daños producidos durante el parto: en el momento de dar a luz, el uso de determinado material (v. gr., fórceps) o la omisión de ciertas comprobaciones (v. gr., determinar si el cordón umbilical viene enrollado alrededor del cuello del *nasciturus*) puede causar daños irreparables al niño⁹¹. Como resulta lógico, por sus propias características, este tipo de da-

⁸⁸ Normalmente se tratará de daños sobre la mujer. La posibilidad de que la responsabilidad se genere en este caso por una actuación sobre el progenitor es remota; pero no tanto porque sea difícil de imaginar, sino porque será difícil establecer la relación de causalidad entre el comportamiento del responsable y el daño definitivo en el niño.

Como ejemplos de causación indirecta se pueden citar aquéllos en que el defecto del niño deriva de un medicamento recetado a su madre con efectos nocivos para la descendencia futura (tal es el famoso caso de la Talidomida, así como del caso inglés de *Martell v. Merton ad Sutton HA*); o también aquéllos en que el defecto del niño proviene de un contagio del médico (supuesto sobre el que resolvió la sentencia del BGH de 20 de diciembre de 1952, en que se reclamó indemnización frente a un hospital en el cual se le había contagiado a una mujer encinta la sífilis, enfermedad que afectó al feto en desarrollo. Se le reconoció al niño un derecho de acción). Como ejemplos de causación directa, se encuentran los casos en que el daño se produce por una manipulación sobre el embrión o feto, o sobre la embarazada —lo que incluye todo tipo de intervenciones sobre la mujer que incidan al mismo tiempo sobre el embrión o feto (casos *Whitehouse v. Jordan* y *Burton v. Islington HA*), junto a cualquier traumatismo que sea causado por el profesional sanitario—, así como las intervenciones sobre el embrión o feto (cirugía prenatal). De todas formas, en estos casos habrá que tener en cuenta si la lesión al embrión o feto era un riesgo conocido y si fue asumido por la mujer; en cuyo caso, ésta no podría reclamar responsabilidad y la posible demanda por los daños del niño se debería dirigir contra ella.

⁸⁹ Entre la jurisprudencia extranjera este caso se ha planteado en varias ocasiones, en general con relación a accidentes de tráfico o ferroviarios. Sirvan de ejemplo los casos canadienses citados por KENNEDY y GRUBB (*Medical...*, pp. 1496-1497): *Montreal Tramways v. Leveille*; *Watt v. Rama* y *Duval v. Seguin*.

⁹⁰ Un ejemplo es el caso australiano *X and Y v. Pal*, sobre una mujer que padecía la sífilis, a la cual no se le diagnosticó hasta que nació su segunda hija afectada por tal enfermedad (la primera había muerto al mes de nacer, sin que se le detectara el problema).

Pese a la afirmación de EMALDI CIRIÓN («La responsabilidad...», p. 1604; *El consejo...*, p. 233) de que en la actualidad no existen tratamientos efectivos del feto *in utero*, hay que recordar que se encuentra en sus inicios la cirugía prenatal, con buenos resultados en determinadas intervenciones y que, además, es posible paliar los efectos de algunas enfermedades sobre el feto. Tal es el caso, en concreto, de la sífilis (que tratada durante el embarazo no afecta al feto), la toxoplasmosis o la rubéola (cuyo tratamiento en el primer trimestre de embarazo mitiga los efectos sobre el embrión). En estos supuestos, afirman COLLINS (*op. cit.*, p. 705) y FINEL (*op. cit.*, pp. 231-235) la responsabilidad frente al niño nacido en tales condiciones.

⁹¹ Ver al respecto la SAP Granada de 21 de junio de 1994.

ños son causados por profesionales sanitarios, ya que no es usual que intervenga otro tipo de sujetos en tales momentos.

3. En estos tres casos, la reclamación de responsabilidad puede ser planteada por los progenitores o por el propio niño. Dejando a un lado la primera, que ofrece escaso interés pues no es muy diferente de una demanda de responsabilidad normal⁹², cuando es el niño quien ejercita la pretensión, el daño reclamado se centra en la lesión a su salud o integridad física. Aunque en la mayoría de los ordenamientos se reconoce en estos casos una acción de responsabilidad, la afirmación no se encuentra libre de obstáculos. Por un lado, la dificultad suele residir en la prueba del curso causal de los acontecimientos desde la actuación del agente físico hasta los daños producidos en el niño, puesto que no siempre está claro que la actuación o la omisión del agente físico produjera el resultado de la enfermedad o malformación del embrión o feto⁹³.

Por otro lado, la dificultad se centra en la falta de personalidad del niño en el momento en que se realiza el comportamiento dañoso. En concreto, se pone en cuestión hasta qué punto se puede hablar de lesión de la salud o la integridad física de un sujeto que carece de personalidad jurídica. No obstante, la mayoría de los ordenamientos tiende a aceptar la legitimación activa del niño, bien a través de la protección general al *nasciturus*, bien mediante la interpretación del momento en que se produce el daño⁹⁴.

⁹² . Por lo que respecta al daño, la enfermedad o defecto del niño supondrá, por lo general, la obligación de afrontar cargas económicas mayores que las que ya de por sí genera un niño sano. Además, cuando la actuación del agente físico influya no sólo en el niño nacido, sino también en la capacidad de procrear una descendencia sana, el progenitor afectado podrá reclamar indemnización por esa lesión de su integridad corporal. Por lo que respecta a la relación de causalidad, el problema será el mismo que en el caso de la acción del niño.

⁹³ . Si bien tal relación causa-efecto puede resultar patente en el caso de daños originados por traumatismos, no resulta tan obvia cuando el daño procede del efecto de un medicamento suministrado o de toxinas o agentes externos que inciden en el desarrollo fetal. Así lo señalan DOBBS (*op. cit.*, p. 784, 786-787) o KENNEDY y GRUBB (*Medical...*, p. 1496). Estos últimos autores manifiestan sus esperanzas en que los avances médicos permitan paulatinamente la prueba del nexo causal sin necesidad de acudir a la especulación o a la conjetura.

⁹⁴ . Tal aceptación, según GIESEN (*International...*, pp. 87 y 221), es generalizada en el derecho comparado que analiza (*Common law*, Alemania y Francia, fundamentalmente). Así, por ejemplo, en Estados Unidos, se acepta, tras ciertas dudas iniciales (caso *Dietrich v. Inhabitants of Northampton*), que también pueden tenerse deberes frente al no nacido. A partir del caso *Bonbrest v. Kotz* comienza a consolidarse la jurisprudencia en ese sentido, afirmándose en la actualidad incluso respecto a embriones no viables (caso *Kelly v. Gregory*), y a no concebidos (caso *Jorgensen v. Meade Johnson Laboratories Inc*), aunque en este último caso con mayores dudas. Ver al respecto, especialmente, COLLINS (*op. cit.*, p. 677-683).

Por lo que respecta a Inglaterra, aunque también se planteó la cuestión sobre si existía un deber general de cualquier sujeto frente a un niño no nacido (KENNEDY y GRUBB, *Medical...*, pp. 1496-1497) y pese a un rechazo inicial (MARKESINIS y DEAKIN, *op. cit.*, p. 73), la cuestión ofrece pocas dudas a partir de la promulgación de la *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976*, en la cual se regula la acción que puede entablar el niño que sufra defectos o malformaciones generados por eventos previos a su concepción, o durante el

1.4.2.2.2. Las acciones de responsabilidad por procreación irresponsable. Defectos o enfermedades causadas por los progenitores

1. El supuesto de hecho básico que aquí se plantea es muy parecido a aquél en que se apoya el caso anterior –nacimiento de un niño afectado por una enfermedad que podría haber sido evitada–, con la diferencia de que en este caso el agente del daño es uno de los progenitores del niño⁹⁵. Existen, no obstante, ciertas variantes que diferencian estos casos del supuesto de lesiones prenatales y los aproximan a las acciones de *wrongful life*, estableciéndose con respecto de éstas como principal diferencia que la demanda se dirige contra los padres y no contra un profesional sanitario.

2. El cambio del agente productor del daño incrementa las dificultades a las que se enfrentan estas acciones de responsabilidad e individualiza estos casos frente al resto con los que puede compartir algunos rasgos. Por un lado, el hecho de que el agente del daño y la víctima sean progenitor e hijo introduce en el debate un cúmulo de valoraciones morales, religiosas y sociales respecto de la reclamación de responsabilidad en el seno de la familia y su efecto pernicioso sobre la misma⁹⁶. A la vez, plantea la duda de cómo combinar las normas de responsabilidad con las de derecho de familia⁹⁷.

embarazo o el parto, frente a aquel sujeto que sería responsable ante sus progenitores. Para un análisis más detallado de esta norma, así como de su contenido y aplicación, ver, entre otros, KENNEDY y GRUBB (*Medical...*, pp. 1524-1530 y 1550-1552).

Finalmente, en Alemania suele acudir al argumento que examina el momento en que se produce el daño, que es aquél en que se produce el resultado (la lesión a la salud), no el del comportamiento dañoso (LAUFS, «Haftung für Nachkommenschaftsschäden nach § 823 BGB», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1965, pp. 1055). Como ejemplo de la aceptación de esta legitimación puede citarse, entre otros, a KÖTZ y WAGNER (*Deliktsrecht*, 9ª edición, Luchterhand, Neuwied 2001, p. 24) o a MEDICUS (*Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 9ª edición, Verlag C.H.Beck, München 1999, pp. 375-376).

⁹⁵. Una interesante visión al respecto puede encontrarse en EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, pp. 259-265); NOVELLINO («Responsabilidad por transmisión de enfermedades a los hijos», en *Derecho de daños. Daños en el derecho de familia, Cuarta Parte (A)*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires 2000, pp. 246-266); PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», pp. 274-276); ROCA TRÍAS («La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», en *Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio*, Coordinado por J.A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid 2000, pp. 550-552); RUIZ LARREA («El daño de procreación: ¿Un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?», *La ley*, 1998 (1), D-62, pp. 2039-2046); TEDESCHI (*op. cit.*, pp. 511-538); UREÑA MARTÍNEZ («Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997», *CCJC*, 1997, mg. 1223, pp. 1115-1116) y ZANNONI («Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil. Con especial referencia a la manipulación genética y fertilización asistida», en *Derecho de Daños, Primera Parte*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires 2000, pp. 619-636).

⁹⁶. El argumento procede de las demandas de *dissadvantaged* o *dissatisfied life*. En palabras de PLOSCOWE (*op. cit.*, p. 1080): «we do not believe that the law should provide a basis for such interfamilial warfare. It is obvious that the application of a “wrongful life” doctrine would corrode family life». Tal efecto es destacado, entre otros, por RUIZ LARREA (*op. cit.*, p. 2039); NOVELLINO («Responsabilidad...», p. 246); SÉRIAUX

Por otro lado, se suele negar la calificación de la conducta de los progenitores como antijurídica⁹⁸. Sobre la base del reconocimiento en la mayoría de los Estados de la libertad de procreación, se afirma que el hecho de que los padres lleven a cabo la concepción no se considera ilícito⁹⁹. En cambio, la incidencia en este ámbito del Estado o del Ordenamiento jurídico sí es una intromisión en la intimidad o privacidad¹⁰⁰.

3. Los supuestos son muy variados, aunque pueden agruparse en cuatro categorías:

a) Causación directa: el comportamiento de uno o ambos progenitores causa de forma inmediata la lesión del niño, que hubiera nacido sano de no ser por esta actuación¹⁰¹.

Hay tres posibilidades que plantean a su vez problemas distintos:

- La enfermedad o defecto se debe a una agresión sobre la madre embarazada realizada por el padre; supuesto similar a los analizados en el apartado anterior respecto de los

(Droit..., p. 476, que las califica de acciones «contre nature») o SYMMONS (*op. cit.*, p. 304). TEDESCHI, en cambio, no encuentra motivos que justifiquen una inmunidad de los progenitores por el hecho de su relación familiar con el damnificado (*op. cit.*, pp. 516-520).

⁹⁷. En concreto, hay quien sostiene que las relaciones familiares quedan sometidas al derecho de familia y que la compensación o el equilibrio familiar en estos casos no se logra a través de la aplicación de la responsabilidad civil. Así lo expone ROCA TRIAS, quien, no obstante, adopta una posición intermedia, admitiendo la responsabilidad civil, pero también ciertas especialidades del derecho de familia, («La responsabilidad...», p. 539 y siguientes). Por su parte, MANNSDORFER (*op. cit.*, pp. 93-94) opta en estos casos por mitigar la aplicación de las normas de responsabilidad. Otros, como señala RUIZ LARREA (*op. cit.*, p. 2040), optan por acudir al juego de las obligaciones naturales; solución que critica la autora, por las dificultades que tal enfoque conlleva.

⁹⁸. Frente a esta opinión, algunos autores estiman la existencia de antijuridicidad desde la perspectiva de un interés prevalente del niño a una vida sana. Así, entre nosotros, RUIZ LARREA (*op. cit.*, p. 2041) y, entre la doctrina extranjera, NOVELLINO («Responsabilidad...», pp. 250-255) o MANNSDORFER (*op. cit.*, pp. 93-94, que distingue según si existió o no dolo en la conducta de los padres). Por su parte, afirma LILIE («Eugenic abortion», en *Biotechnology, law and bioethics comparative perspectives*, Editado por C.M.ª Romeo Casabona, Bruylant, Bruxelles 1999, p. 205) que en ciertos casos los padres tienen el deber de no concebir niños con graves defectos genéticos.

⁹⁹. Pocos ordenamientos establecen límites directos a la procreación natural (salvando, quizá el conocido caso de la República China). Sí existen, en cambio, límites indirectos, como la tipificación penal de ciertas conductas (RUIZ LARREA, *op. cit.*, p. 2039).

En la reproducción asistida los límites son mayores (ver al respecto, PANTALEÓN PRIETO, «Procreación...», pp. 258-259 y ZANNONI, «Tutela...», pp. 622-625 y 629-630). En todo caso, la imposición de tales límites suele depender de la consideración de la procreación artificial como un derecho que satisface el deseo de paternidad de los progenitores (como, según PANTALEÓN PRIETO, lo concibe Robertson; p. 258, nota 39; o como parece deducirse de EMALDI CIRIÓN, *El consejo...*, p. 373-374, pese a que la propia autora acepta la posibilidad de limitar este derecho: pp. 262 y 367), o como una libertad que encuentra limitadas sus finalidades (RUIZ LARREA, *op. cit.*, p. 2041).

¹⁰⁰. Una crítica a la intervención del Estado en este ámbito se puede encontrar en CAPRON (*op. cit.*, pp. 663-665); GOLD (*op. cit.*, pp. 1009-1010) y ZANNONI («Tutela...», pp. 627-628).

¹⁰¹. Según RUIZ LARREA, en estos casos se puede apreciar un delito de lesiones prenatales (tipificado en los artículos 157 y 158 Cp), ya que estos preceptos no excluyen a los progenitores de su tipo (*op. cit.*, p. 2039 y nota final 4). En algunos de los casos englobados en este grupo, sin embargo, tal imputación se producirá únicamente en la medida que se entienda que en la causación de lesiones o enfermedades al feto «por cual-

que la diferencia del sujeto agente no parece ser relevante. Por ello, al margen de la posible reclamación de responsabilidad de la mujer por sus propias lesiones, podrá reclamar el niño frente al progenitor¹⁰².

Cuando es la madre la que, con una conducta irresponsable, realiza de actividades de riesgo —laborales o de ocio— o desarrolla ciertos hábitos de comportamiento que dañan al niño concebido, se plantea un supuesto más complejo, puesto que entran en conflicto los intereses de la propia madre con los del *nasciturus*¹⁰³. Aunque se descarte en estos casos una conducta penalmente típica, pues se trata de comportamientos que entran en el ámbito del riesgo permitido¹⁰⁴, en ciertas ocasiones se han planteado demandas de responsabilidad por parte del niño, pero en general son rechazadas¹⁰⁵.

- La enfermedad o defecto podría ser curada antes del nacimiento; pero la madre se niega a prestar el consentimiento necesario para esa intervención que se realiza sobre su

quier medio o procedimiento», se deba incluir el contagio o la transmisión genética de una enfermedad o defecto se incluya en tales expresiones, lo cual es dudoso.

¹⁰². De hecho, desde el punto de vista penal, no existen obstáculos a la imputación de responsabilidad, en la medida en que, como destaca EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, p. 207), el delito de lesiones al feto es un delito común (sin limitación del círculo de posibles sujetos activos). Mayores dificultades producen los casos en que la actuación del progenitor se manifieste a través de un contagio producido por el acto sexual que da origen a la concepción del niño. Aunque LAUFS afirma que se han de distinguir dos cursos causales derivados del acto sexual (el que lleva a la concepción y el que lleva a la lesión) y que el hecho de que la concepción sea la que da curso a la lesión no lleva a que esta segunda quede anulada como posible daño («Haftung...», p. 1056), será difícil establecer en estos casos los elementos de la responsabilidad.

¹⁰³. De hecho, la intromisión en los derechos de la madre a la integridad física, privacidad y autonomía que supondría el reconocimiento de un deber de cuidado de la madre frente al niño y su caracterización como tercero frente a ésta (según HAUSER y HUET-WEILLER, «Des droits avant la naissance et après la mort», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1991 (90), p. 706) es el principal motivo de rechazo de la mayor parte de estos casos en Estados Unidos. No obstante, cuando se trata de comportamientos dolosos, la valoración de los intereses en conflicto cambia (DOBBS, *op. cit.*, pp. 787-788).

Otras objeciones a esta responsabilidad se manifiestan en relación a la dificultad de establecer un parámetro a partir del cual determinar el comportamiento negligente de la mujer, motivo por el que se suele preferir a la responsabilidad el empleo de instrumentos que favorezcan o tiendan hacia una procreación responsable (FURROW, *et al.*, *op. cit.*, pp. 949-952).

¹⁰⁴. Así lo indica expresamente EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, p. 208), que lo deduce del artículo 158 Cp.

¹⁰⁵. Ejemplo de ello son los casos *Dobson v. Dobson* y *Canadian Abortion Rights Action League et. al., Interveners* (en que el daño al feto se produjo por un accidente automovilístico cuando conducía la madre embarazada) y los casos *Stallman v. Youngquist* y *Chenault v. Huie* (sobre madres cocainómanas). Por lo que respecta a Gran Bretaña, la respuesta a estas demandas de responsabilidad es también negativa a partir de la *Congenital Disabilities (Civil liability) Act 1976*, cuya sección 2 exonera en estos casos a la mujer, salvo, precisamente, para el supuesto de daños producidos en accidente de tráfico en el que ella conducía, sabiendo o debiendo saber de su embarazo.

De todas formas, la respuesta no es unánime, ya que otro sector (representado, por ejemplo, por el Juez Major, opinión disidente del caso *Dobson v. Dobson*) considera que negar en estos casos la demanda supondría dejar sin compensación al hijo, cuyos derechos también se deben tener en cuenta. Así, se ha sugerido afirmar la responsabilidad únicamente para los supuestos en que la madre ostente un deber general de cuidado

propio cuerpo, a la vez que sobre el del *nasciturus*. La reclamación de responsabilidad del hijo se enfrenta al obstáculo de la protección de los intereses y derechos de la mujer¹⁰⁶.

- La enfermedad o defecto se debe a una enfermedad o predisposición genética que afecta a uno o a ambos progenitores, conocida por el afectado antes de la concepción¹⁰⁷. La reclamación de responsabilidad en estos casos puede provenir tanto del propio niño, como del progenitor no afectado, en la medida que desconociera el problema¹⁰⁸.

(*duty of care*) frente a todo sujeto que intervenga en el tráfico (y, por tanto, también frente al hijo que lleva en su seno). Ver al respecto KENNEDY y GRUBB (*Medical...*, pp. 1505-1514).

¹⁰⁶. Estos casos son especiales, en cierto modo, pues parten del hecho de que el tratamiento al embrión o feto se realiza a través del cuerpo de la madre, por lo que entra en juego su integridad física y sus derechos de autodeterminación. MANNSDORFER afirma que no existe obligación legal de la madre para otorgar su consentimiento en esos casos, pero sostiene que se debería prestar mayor atención a los intereses del niño (*op. cit.*, pp. 110-114). En concreto, establece tres criterios bajo los que la intervención sobre el niño debería ser necesaria pese a la oposición de la madre: intervenciones de insignificante trascendencia para la integridad física de la madre, alta probabilidad de éxito en la mejora del estado de salud del feto y situaciones en las que esté legal y médicamente prohibido el aborto, por tener lugar el tratamiento en un estadio avanzado del embarazo.

Aunque en el derecho anglosajón se ha permitido en ocasiones la intervención judicial en salvaguarda de los intereses del *nasciturus* (por ejemplo, en el caso *Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital Authority*), la cuestión no se resuelve de forma unánime (ver al respecto, DICKENS, *op. cit.*, p. 103; FURROW (*et al.*), *op. cit.*, p. 942-949 y PALMERINI, «Autonomia v. responsabilità nella procreazione: a proposito di *caesarian sections* e giudici inglesi», *Rivista di diritto civile*, 2000 (4), p. 604, que afirma la posibilidad de reclamación de responsabilidad frente a la madre y apunta como posible solución en el seno del derecho italiano la aplicación del estado de necesidad).

¹⁰⁷. Un caso muy famoso planteado entre la jurisprudencia italiana fue el de la sentencia de 31 de julio de 1950 del *Tribunale di Piacenza*, en el que se trató de un supuesto de nacimiento de un hijo con malformaciones causadas por la sífilis contraída por su madre a la que le contagió el padre. Se concedió responsabilidad de ambos progenitores frente al hijo, lo cual causó un amplio debate doctrinal. Otro caso es el resuelto por la sentencia del OLG Schleswig 18 de octubre de 1949: un padre enfermo transmitió su enfermedad a la madre antes de la concepción. Se reconoce la demanda del niño que nace enfermo. Posteriormente, el BGH, sin embargo, rechazó este tipo de demandas en la sentencia de 14 de junio de 1981.

¹⁰⁸. La afirmación de la responsabilidad en estos casos se enfrenta a una triple dificultad. En primer lugar, la transmisión de enfermedades o taras juega únicamente con criterios de probabilidad y no de certeza (PICKER, *Schadensersatz für das unerwünschte eigene Leben. "Wrongful life"*, Mohr Siebeck, Tübingen 1995, p. 2), lo que plantea un verdadero dilema: el hecho de que uno o ambos progenitores sean portadores de una determinada enfermedad o tara no significa necesariamente que vaya a manifestarse en su descendencia, sino que existe una probabilidad, mayor o menor según la enfermedad o el caso (OSTHEIDE, *op. cit.*, p. 21).

En segundo lugar, los progenitores no siempre conocen los defectos o taras de los que son portadores, por lo que su actuación no es siempre negligente. En nuestro Ordenamiento no existe obligación de someterse a un diagnóstico genético previo al embarazo, ni siquiera en el caso de grupos de riesgo (EMALDI CIRIÓN, *El consejo...*, pp. 22-28; PÉREZ-TENESSA, *op. cit.*, pp. 52 y 61; RUIZ LARREA, *op. cit.*, p. 2040 y nota final 6 y DE SOLA, «Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto (I)», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1994 (1), p. 185). Como destaca ROMEO CASABONA («Aspectos jurídicos del consejo genético», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1994 (1), p. 159), las exigencias de salud pública no guardan proporción con la intromisión en la libertad e intimidad individual o familiar que tales diagnósticos conllevarían. Por ello, estos análisis sólo son obligatorios en la donación de material genético (artículo 5.6 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida).

En tercer y último lugar, aunque se considere irresponsable la conducta de los progenitores, se niega que exista un deber jurídico de paternidad responsable, por lo que la conducta no le es imputable al agente productor del daño. Si bien este deber es deseable *de lege ferenda* (para PANTALEÓN PRIETO, «Procreación...», p. 276, «el legislador puede y debe prohibir a quienes quieren ser padres el acceso a (y a los médicos la realiza-

b) Causación indirecta: la malformación o la enfermedad del niño no es causada por la actuación de los progenitores, sino por causa natural o por la actuación de otro sujeto, pero, constatada su presencia, los padres deciden llevar a cabo la concepción o continuar el embarazo¹⁰⁹. En ambos casos, el daño por el que reclama el niño es su propia existencia (pues no existía la posibilidad de que hubiera nacido sano), lo cual aproxima el supuesto al de las acciones de *wrongful life* (aunque aquí se encuentra cualificado por el demandado).

En estos casos se plantea la cuestión de si el niño puede exigir o no responsabilidad a los padres por la decisión de concebir o de no abortar¹¹⁰. La proclamación de la libertad de procreación y la libertad de la mujer en la decisión sobre la facultad de aborto suelen citarse como argumentos en contra¹¹¹. Falta, pues, un comportamiento antijurídico.

c) Causación mediata: los padres, portadores de un defecto genético o enfermedad hereditaria del que son conscientes, llevan a cabo la concepción a través de métodos de reproducción asistida, asumiendo el riesgo de nacimiento de un niño enfermo. Se trata, pues, de casos en que, si bien quien efectivamente crea las condiciones a partir de las cuales se transmite al niño el defecto o la enfermedad es el médico, el origen del problema se encuentra en el material genético y en la decisión de los progenitores¹¹².

ción de) las técnicas de reproducción asistida; de existir un riesgo significativo de que los futuros seres fruto de ellas nazcan con serias taras físicas o psíquicas», en la actualidad no está recogido más que, si acaso, como deber moral (EMALDI CIRIÓN, «La responsabilidad...», pp. 1605-1606, *El consejo...*, pp. 242-244).

¹⁰⁹. El caso típico es aquél en el que el diagnóstico preconcepcivo o prenatal demuestra la existencia de un defecto o enfermedad en el feto o un riesgo sobre la descendencia futura, a pesar de lo cual deciden los progenitores continuar con el embarazo o concebir al niño. JACKSON («Action...», pp. 558-559 y «Wrongful...», pp. 362-363), que estudia este supuesto en el caso de diagnóstico prenatal, no sólo niega la existencia de negligencia de los padres, sino que niega la causación de daño por éstos y afirma que en todo caso la decisión de tener al niño ha de considerarse como razonable. En el mismo sentido se pronuncia el § 43 del Código civil de California, que declara: «no cause of action arises against a parent of a child based upon the claim that the child should not have been conceived or, if conceived, should not have been allowed to have been born».

¹¹⁰. DREYFUSS-NETTER («Observations hétérodoxes sur la question du préjudice de l'enfant victime d'un handicap congénital non décelé pendant la grossesse», *Medicine et Droit*, 2001 (46), p. 5) lo niega, ya que: «une fois l'autorisation médicale obtenue, il va sans dire que la décision maternelle est discrétionnaire et non susceptible d'abus. La décision de poursuivre la grossesse ne saurait constituer une faute».

¹¹¹. Respecto de la libertad de procreación, ya se mencionó anteriormente su reconocimiento generalizado. Por lo que respecta a la decisión sobre el aborto, afirma con rotundidad EMALDI CIRIÓN («La responsabilidad...», p. 1606; *El consejo...*, p. 245) que no se trata de una obligación. La idea de que en estos casos se pudiera imponer la interrupción del embarazo, así como la posibilidad de impedir con anterioridad a la concepción la procreación de las personas que pueden transmitir a su descendencia algún tipo de enfermedad o tara genética o hereditaria, remite a la época del III Reich y a los funestos sucesos que tuvieron lugar (ver al respecto OSTHEIDE, *op. cit.*, p. 24 o WEBER, *op. cit.*, p. 54-55, que resumen el contenido del *Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses* de 14 de julio de 1933). Tales medidas, en el estado actual de la evolución en el mundo occidental, son rechazables por ser contrarias al fundamento de las sociedades democráticas.

¹¹². En la medida en que ambos contribuyen a la causación del daño, como inductores, cómplices o coautores —según cómo se aprecie la participación de cada uno en el supuesto de hecho—, se podría llegar a plantear

La reclamación del niño por lo que respecta a sus progenitores –pues respecto del médico no hay duda que es un caso igual al de la causación directa del daño– es, de nuevo, similar a los supuestos de *wrongful life*, puesto que se basa en el mismo hecho de vivir. La diferencia estriba en la especial cualificación del caso por el hecho de que el demandado sea el progenitor; diferencia que, a su vez, introduce uno de los principales obstáculos a esta reclamación, en la medida en que las técnicas de reproducción asistida no excluyen la libre decisión de los usuarios de estas técnicas sobre la asunción de riesgos, por lo que falta de nuevo una conducta ilícita¹¹³.

d) Casos de vida insatisfactoria (*disadvantaged* o *dissatisfied life*): el niño interpone demanda de responsabilidad frente a sus progenitores por el hecho de haber nacido en el seno de unas circunstancias familiares o sociales desventajosas. Si bien en estos casos el niño no sufre en sentido estricto de malformaciones o enfermedades, la lacra social o la situación indeseable es equiparada a ellas por el demandante, que reclama por la privación de una infancia normal en una familia normal. Como ya se dijo anteriormente, este tipo de demanda ha sido rechazada de forma mayoritaria¹¹⁴.

1.4.2.2.3. Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*: presentación

1. Para acabar con esta breve visión de las acciones de responsabilidad asociadas al nacimiento de un niño, hay que mencionar en concreto las dos acciones a las que se va a dedicar este estudio. Dado que a continuación procederemos a su análisis en extenso, nos limitaremos aquí a destacar cuál es su supuesto de hecho y a resaltar dónde residen las principales diferencias con respecto del resto de los casos ya analizados.

2. En el caso que ahora nos ocupa, se parte del comportamiento de un profesional médico que, con ocasión de una prestación sanitaria de diagnóstico, omite la información o

desde un punto de vista penal la imputación del delito de manipulación genética (cuando las circunstancias del caso coincidiesen con el tipo penal regulado en el artículo 159 Cp). Un caso muy claro al respecto sería la hipótesis que plantea MANNSDORFER bajo la denominación de «empeoramiento genético». Se trata del caso en que los progenitores solicitan a un especialista que altere la carga genética del preembrión para que nazca con las mismas deficiencias o defectos físicos que ellos sufren (por ejemplo, sordera o enanismo). Acertadamente, en nuestra opinión, el autor sostiene que en estos casos habrá que hablar no sólo de responsabilidad de los profesionales sanitarios, sino también de los progenitores (*op. cit.*, pp. 116-118).

¹¹³. Aunque, como ya se dijo, PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», p. 276) considera que se deberían imponer límites de *lege ferenda*, veremos posteriormente cómo se deja la decisión a los progenitores incluso cuando se haya constatado en el preembrión la existencia de un estado de salud futuro enfermo. Con ello, se concede un ámbito muy amplio en nuestro Ordenamiento a la libertad de procreación.

emite un diagnóstico erróneo sobre el estado enfermo o discapacitado físico o psíquico de un *nasciturus* o sobre los riesgos que amenazan a los *concepturi*; en concreto, informa a los progenitores de la inexistencia de peligros o de riesgos que se encuentran realmente presentes. En ambos casos –por acción u omisión, pues–, la conducta del profesional médico impide que los progenitores conozcan antes del transcurso del plazo legalmente fijado para interrumpir voluntariamente el embarazo, o antes de la concepción del niño, los males que afectan o amenazan a su descendencia futura; males cuyo origen no es relevante (pues pueden proceder de la actuación de un agente físico o de un desarrollo natural)¹¹⁵ y respecto de los que no se conoce remedio o cura, pero que podían haber sido detectados (de acuerdo con los conocimientos científicos del momento y los indicios presentes en el paciente), lo que podría haber permitido a los progenitores evitar la concepción o interrumpir el embarazo en curso para evitar el nacimiento del niño enfermo (siempre y cuando, por supuesto, tales actuaciones estén legalmente admitidas en el Ordenamiento en cuestión).

Por tanto, bien por el silencio de esta información, bien por la comunicación de una información errónea, los progenitores quedan privados de una información fundamental y necesaria para la adopción de decisiones respecto de su procreación futura. Obtienen la impresión en ambos casos de que no existe problema alguno para concebir o que el embarazo transcurre sin incidencias –lo que denominaremos en lo sucesivo como «falso negativo»¹¹⁶–, por lo que optan por llevar a cabo la concepción o a término el embarazo¹¹⁷.

¹¹⁴ . Para una visión más extensa, ver el apartado 1.4.1 (2), así como PLOSCOWE (*op. cit.*, pp. 1078-1080).

¹¹⁵ . Si bien generalmente este tipo de acciones se han planteado en supuestos en los que la causa del defecto del niño se encontraba en la naturaleza o en la biología, más que en un agente físico, esto no impide que también se deban contemplar aquellos otros casos en los que la causación del daño resida en el comportamiento de un sujeto (COHEN, *op. cit.*, p. 222; WEBBER, *op. cit.*, p. 10). Lo importante de cara a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* es que el defecto o la malformación no fuera detectado, no el hecho de quién o qué ocasionó el defecto.

No obstante, hay que señalar que cuando la causa del daño resida en un agente físico, lo normal será reclamar de éste la responsabilidad por la lesión preconceptiva o prenatal, por la mayor facilidad con que se reconocen este tipo de pretensiones de indemnización. Por tanto, en estos casos no se excluye la responsabilidad del sujeto que ocasiona con su actuación el defecto del niño, pues el daño que ocasiona es diferente del que genera el comportamiento del profesional sanitario.

¹¹⁶ . Como señala EMALDI CIRIÓ («La responsabilidad...», pp. 1603-1604; *El consejo...*, pp. 230-233), el error de diagnóstico médico se puede plantear en un doble sentido, como positivo o negativo. Dado que el falso positivo consiste en un diagnóstico en el que se identifica un defecto genético en los progenitores o un defecto en el feto ya concebido, que posteriormente se descubre que no existe, se trata justamente del caso contrario al nuestro. Un ejemplo se encuentra en la STSJ-Navarra de 27 de julio de 2000, en que se informó erróneamente a una mujer de que padecía SIDA y ésta procedió a la interrupción de su embarazo. Una vez detectado el error e informada la paciente, interpuso ésta reclamación de responsabilidad por daño moral que fue estimada parcialmente. Para una referencia de esta sentencia y un estudio de los falsos positivos –si bien referido al diagnóstico de enfermedades como el SIDA o la hepatitis– ver SEUBA TORREBLANCA, RAMOS

Una vez que se produce el nacimiento de este niño y que se constata en él la presencia de ese mal o defecto del que debieron ser advertidos los progenitores¹¹⁸, se plantea la posibilidad de una reclamación de responsabilidad tanto por parte de éstos (acciones de *wrongful birth*), como por parte del propio niño (acciones de *wrongful life*) frente al profesional sanitario. En ninguna de estas reclamaciones se alega que el profesional sanitario causara el mal que sufre el niño, sino que no advirtió de él a sus progenitores y, consiguientemente, no permitió que se impidiera el nacimiento del niño enfermo.

3. Son cuatro las situaciones en que puede concurrir el cúmulo de circunstancias que constituyen el supuesto de hecho de estas acciones de responsabilidad:

- Diagnósticos preconceptivos¹¹⁹: el supuesto de hecho se plantea en el contexto de un sujeto o una pareja que acude a un profesional sanitario con anterioridad a la concepción para averiguar si existen riesgos que amenacen a su futura descendencia. El profesional

GONZÁLEZ y LUNA YERGA («Falsos positivos. La responsabilidad civil derivada del diagnóstico erróneo de enfermedades», *www.indret.com*, 3/2002, pp. 1-13).

En este caso, en cambio, nos ocupamos de los falsos negativos; esto es, un diagnóstico en el que no se refleja el estado de salud del enfermo y que crea una apariencia de normalidad y de salud en relación a dicho estado, siendo la realidad muy diferente.

¹¹⁷. Si bien la idea del falso negativo se aplica generalmente sólo a los diagnósticos erróneos, en relación a estas acciones ha de aplicarse también a la ausencia de diagnóstico. No se trata sólo de que en ambos casos (por acción o por omisión) se prive a los progenitores de una información relevante de cara a la adopción de una decisión sobre la concepción o sobre la interrupción del embarazo, sino de que, además, reciben la impresión de que no concurre problema ni riesgo alguno, que es precisamente lo que caracteriza al falso negativo. Dado que la regla es el embarazo normal y la excepción es el embarazo de riesgo y el nacimiento de un niño afectado de males o defectos, la omisión del profesional sanitario transmite la misma imagen de corrección en el proceso que un diagnóstico que informe de los mismos extremos. El silencio o la inactividad del profesional sanitario allí donde –como veremos–, correspondía actuar se constituye como omisión culpable que permite que surja en los progenitores una falsa imagen de la realidad y que, por tanto, se debe identificar también como falso negativo.

En este sentido, en concreto, opina KELLY (*op. cit.*, p. 551 nota 216) que la negligencia que consista en no revelar una información puede ser entendida como una afirmación de que el niño está sano («parents seem likely to assume that the child is healthy unless the genetic counsellor alerts them to any risks»).

¹¹⁸. La concreción en el nacimiento o posteriormente del mal o defecto cuya información se omitió es un requisito imprescindible, ya que si únicamente la enfermedad o proceso anormal se manifiesta durante el embarazo pero, por algún motivo, pierde efecto una vez nacido o no deja secuelas en el ser que surge a la vida, difícilmente se podrá hablar en tales circunstancias de daño, pues el niño habrá nacido sano.

Pero, a su vez, este requisito tiene otra faceta: es necesario que la manifestación tras el nacimiento traiga causa de un evento anterior al mismo (sea una circunstancia anterior a la concepción –enfermedades hereditarias o taras genéticas–, o un mal posterior a la concepción –malformaciones debidas a eventos traumáticos o a enfermedades, síndrome de Down–). Los factores posteriores al nacimiento que incidan sobre el desarrollo del niño no generarán este tipo de reclamación.

¹¹⁹. DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Diagnósticos I...», p. 109) y EMALDI CIRIÓN («La responsabilidad...», nota final 3 y *El consejo...*, p. 90) definen este diagnóstico como «la información que presta el médico a una pareja o a una persona sola antes del embarazo sobre los riesgos de concebir un hijo con enfermedades o malformaciones de origen genético o hereditario».

sanitario, sin embargo, no advierte de la existencia de enfermedades de tipo genético, hereditario o, en general, transmisible, que pueden afectar el desarrollo del futuro ser¹²⁰.

- Diagnósticos preimplantatorios: en este caso la falta de información se produce en el contexto de un procedimiento de reproducción asistida (fecundación *in vitro*, inseminación artificial y transferencia intratubárica de gametos). El profesional sanitario no informa a los progenitores de los defectos presentes en el material genético que se ha de emplear o en el preembrión ya fecundado¹²¹.

¹²⁰ . Según PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», p. 268), en un ordenamiento en el que el aborto está permitido en ciertos casos, la problemática que plantea el hecho de que se prive de la opción del aborto ha de considerarse similar a la que plantea la del consejo preconcepcivo erróneo. Por esta razón, ambas han de tratarse aquí de forma conjunta, como hace la mayor parte de la doctrina (así, DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Diagnósticos II...», p. 146; CAPRON, *op. cit.*, p. 621; DAGORNE-LABBE, «La responsabilité du médecin auteur d'informations erronées. Cass. civ. 1^{re}, 26 mars 1996, deux arrêts», *Les Petites Affiches*, 1996 (147), p. 24; FORTUNÉ-CAVALIÉ, *op. cit.*, p. 17 o MERKEL, «“Wrongful birth- wrongful life”: die menschliche Existenz als Schaden?», en *Verantwortung in Recht und Moral. Referate der Tagung der deutschen Sektion der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 2. Bis 3. Oktober 1998 in Frankfurt am Main*, Herausgegeben von U. Neumann und L. Schulz, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2000, p. 173).

En todo caso, es necesario subrayar que no ha de restringirse este tipo de casos a los de diagnóstico genético (definido por EMALDI CIRIÓN, *El consejo...*, pp. 1-2 y 14 y de forma parecida por ROMEO CASABONA, «Aspectos...», p. 153, como «un proceso por el cual los pacientes y a veces los parientes con riesgo de padecer enfermedades de carácter hereditario genético o en relación con alguna alteración cromosómica, son advertidos de las consecuencias de una enfermedad o anomalía, de la probabilidad de padecerla o de transmitirla y de los medios posibles para evitarla, mejorarla o, al menos paliarla»), sino que abarca todo tipo de diagnóstico previo a la concepción centrado sobre la futura descendencia (GRUBB, «Problems of medical law», en Markesinis/Deakin, *On tort*, 4ª edición, Clarendon Press, Oxford 1999, p. 277 y MERKEL, *op. cit.*, p. 173).

¹²¹ . Hay que señalar, no obstante, que PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», pp. 262-263) parece incluir estos supuestos con los de causación directa del daño. Sin embargo, a la hora de plantear esta problemática, la caracteriza indirectamente como propia de los casos aquí estudiados, pues el dilema que deriva de ella, según el autor, reside en la opción entre nacer o no nacer: «si el médico hubiera llevado a cabo un adecuado control genético del donante de semen, no hubiera empleado el esperma de éste (hubiera utilizado el de otro donante o no habría realizado la inseminación artificial) y precisamente el niño por cuyas taras se reclama indemnización no habría nacido (habría nacido otro o ninguno)» (p. 265). Esta misma reflexión, de hecho, la realiza JACKSON («Wrongful...», pp. 369-370), que integra directamente estos supuestos dentro de los aquí estudiados: si el médico hubiera actuado diligentemente, hubiera sido seleccionado un embrión diferente, por lo que no se trata de que el niño hubiera nacido sin enfermedades, sino de que no habría nacido (habría nacido otro). Se trata, pues, de verdaderos supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*, como corroboran, además de los citados, FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, pp. 372-373); GALÁN CORTÉS (*Consentimiento...*, p. 343); GRUBB (*op. cit.*, p. 280 nota 303) y KENNEDY y GRUBB (*Medical...*, p. 1531).

De hecho, hay que señalar que en este ámbito de la procreación artificial, los autores se suelen mostrar más proclives a conceder indemnización tanto a los progenitores como al niño. Destaca a este respecto PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», pp. 251-252), que proclama la responsabilidad de los profesionales sanitarios implicados en la realización de estas técnicas: «por todas aquellas consecuencias dañosas que se deriven para la mujer del tratamiento por ella consentido, que sean realización de riesgos de los cuales aquél no hubiese informado adecuadamente a ésta»; pero también BAUDOUIN y LABRUSSE-RIOU (*op. cit.*, p. 178); GIESEN (*International...*, pp. 251, 657 y 671) o GONZÁLEZ MORÁN (*op. cit.*, p. 247).

- Diagnósticos prenatales¹²²: la conducta del profesional sanitario que tiene como consecuencia la privación de información a los progenitores sobre el estado de salud del *nasciturus* se produce en estos casos durante el seguimiento de un embarazo ya en curso.

- Diagnósticos indirectos: se plantea en este supuesto la privación de información sobre los males que amenazan a la descendencia futura o ya concebida en el contexto de una prestación sanitaria no centrada en tal descendencia, sino en uno de los progenitores. El caso, en concreto, es aquél que se produce cuando el profesional conoce por razón de su prestación sobre un sujeto de un riesgo respecto de la descendencia futura del cual no informa al paciente al que atiende¹²³. Estos casos son más frecuentes en la fase preconceptiva que en la fase prenatal, puesto que en esta segunda la atención de la mujer embarazada suele contemplar ya en el ámbito de la prestación la existencia de un *nasciturus*.

4. Como ya se ha ido señalando, estas acciones se diferencian respecto de las de *wrongful conception* en que en estos casos el niño nace enfermo y no sano, como en aquéllas; pero, más que esto: mientras que en las acciones de *wrongful conception* la reclamación se centra en el hecho de que se produzca una concepción no deseada, en estas otras acciones se parte de una voluntad de concebir o de llevar a término el embarazo, aunque es

¹²². La OMS (Comités de trabajo de 1970, 1975 y 1982) define este diagnóstico como «todas aquellas acciones prenatales que tengan por objeto la detección y/o el diagnóstico de un defecto congénito, entendiendo por tal toda anomalía de desarrollo morfológico, estructural, funcional o molecular que presente al nacer (aunque pueda manifestarse más tarde) externa o interna, familiar o esporádica, hereditaria o no, única o múltiple» (EMALDI CIRIÓN, *El consejo...*, pp. 83 y 119 y MARTÍNEZ-CALCERRADA, «Problemática sobre el informe "Perruche"», *Diario La Ley*, 13 de enero de 2003, p. 2). Otras definiciones en la misma línea se encuentran en EMALDI CIRIÓN («La responsabilidad...», nota final 5); ROMEO CASABONA («Aspectos...», p. 163).

¹²³. Ejemplo de ello es el diagnóstico erróneo sobre enfermedades presentes en descendientes anteriores, por la trascendencia sobre descendientes futuros (en este sentido, DEWITT ROGERS, *op. cit.*, p. 733); así como el de un sujeto que se somete a consejo genético no relacionado con la reproducción con el fin de prepararse para gastos futuros (de hecho, el diagnóstico genético no se reduce al preconceptivo, como ponen de relieve ANDREWS, «Torts and the double helix: malpractice liability for failure to warn of genetic risks», *Houston Law Review*, 1992 (29), pp. 161-162; EMALDI CIRIÓN, *El consejo...*, p. 37 y ROMEO CASABONA; «Aspectos...», p. 155). Si en tal prestación se descubre un determinado mal o defecto de cuya incidencia para la progeñie futura no se informa al paciente, se podría plantear si éste o su descendencia podrían reclamar por tal privación de información. Como se verá en su momento, tales supuestos presentan la misma problemática que la de cualquier diagnóstico preconceptivo o prenatal en que se produzca un falso negativo, pero se enfrentan a una distinción en materia de relación de causalidad.

El caso se aproxima a lo que se denomina entre la doctrina «descubrimientos inesperados», que son aquéllos que se producen en el curso de un acto médico, no relacionados directamente con éste. Aunque existe cierta polémica doctrinal, la línea más adecuada es la que sostiene DE SOLA (*op. cit.*, p. 184) cuando señala que se ha de informar al paciente de tales descubrimientos en la medida en que tengan carácter médico, salvo que manifieste su deseo en contrario.

una voluntad que carecía de elementos esenciales a la hora de formarse. El supuesto de hecho es, pues, diferente¹²⁴.

Por lo que respecta a las acciones de responsabilidad por lesiones prenatales, la principal diferencia estriba en que en aquellos casos el comportamiento del agente productor del daño empeora el estado de salud del *nasciturus* o los riesgos que amenazan al *concepturus*. De no ser por éste, el niño hubiera podido nacer sano. En éstos, en cambio, se parte por definición de defectos o enfermedades que no se podían haber evitado o curado antes del nacimiento¹²⁵. La única opción que se planteaba frente al nacimiento de un niño enfermo o discapacitado era la de que no naciera o la de que no fuera concebido. Por ello, es frecuente decir que conforme avance la ciencia médica y vayan aumentando los tratamientos preconceptivos o prenatales, las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* se transformarán en acciones de lesiones preconceptivas o prenatales¹²⁶. En tanto esto no ocurra, serán supuestos distintos¹²⁷.

¹²⁴ . Por ello no es adecuado confundir ambos tipos de acciones o estudiarlas de forma conjunta, como hacen numerosos autores. En concreto, es bastante común denominar como *wrongful birth* todas las acciones que pueden interponer los progenitores frente a los profesionales sanitarios con ocasión del nacimiento de un niño, reservando la denominación de *wrongful life* para las reclamaciones del propio niño. Por citar algunos ejemplos, así lo hacen entre nuestros autores, ASÚA GONZÁLEZ (*op. cit.*, p. 1011 nota 150); FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 213) y PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», p. 267, not. 64); y entre la doctrina extranjera, D'ANGELO («Wrongful birth e wrongful life negli ordinamenti inglese ed australiano», en *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, A. D'Angelo, Giuffrè Editore, Milano 1999, p. 156 y siguientes); COHEN (*op. cit.*, p. 212); LYSAGHT («Wrongful life? The strange case of Nicholas Perruche», *Commonweal*, 22 marzo 2002 (129), p. 9); MANNSDORFER (*op. cit.*, p. 95); OSTHEIDE (*op. cit.*, pp. 17, 24-25); PICKER («Wrongful birth...», pp. 489 y 491); TROTZIG (*op. cit.*, p. 16 y 18) y WHITFIELD (*op. cit.*, pp. 687-688).

La distinción entre ambos supuestos queda clara en la STS de 11 de mayo de 2001 (FJ 6): [en relación a una vasectomía] «Se trata de los supuestos conocidos con la expresión inglesa de "wrongful conception" y, en ocasiones también con la de "wrongful pregnancy", que designa aquellas demandas que interponen los progenitores por los daños causados por la concepción no deseada de un hijo sano debido al fallo de las medidas anticonceptivas adoptadas. Distintos de los supuestos anteriores son los casos de nacimientos de hijos con malformaciones que no han sido causadas por la negligencia médica y que parten de una premisa común: al no informar a la madre de la malformación en tiempo oportuno, ésta no ha podido decidir si quería llevar a cabo o no la interrupción legal del embarazo. En tales casos, si quien ejercita la acción es la madre, se habla de "wrongful birth" y de "wrongful life", si quien lo hace es el propio hijo».

¹²⁵ . Como señala GALLAGHER («Wrongful life: should the action be allowed?», *Louisiana Law Review*, 1987 (47), p. 1323), «The child never had a chance at a normal life»; opinión que también manifiesta DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Responsabilidad civil...*, p. 175 y «La segunda...», p. 141) o DICKENS (*op. cit.*, p. 83). Por su parte, destaca FURROW (*op. cit.*, pp. 100-101) que el único «tratamiento» en estos casos es interrumpir el embarazo o no concebir.

¹²⁶ . «Today's wrongful life claims will then become tomorrow's pre-natal injury claims»; palabras de GIESEN (*International...*, p. 90) con las que coincide DEWITT ROGERS (*op. cit.*, pp. 755-757) y TEFF (*op. cit.*, p. 440).

¹²⁷ . Por ello, tampoco es adecuado identificar ambos bajo un mismo nombre, como hacen aquellos autores que denominan todos los daños que sufra el embrión o feto como *wrongful birth* (HAUBERICH, *op. cit.*, pp. 3-4 o MARTÍNEZ-CALCERRADA, «Problemática...», pp. 2 y 4) o como *wrongful life* (BADOUIN, «Responsabilité

El hecho de la enfermedad o defecto físico o psíquico que sufre el niño y que constituye la base sobre la cual se establece su reclamación es lo que diferencia estos casos de los de *disadvantaged* o *dissatisfied life*, en que la circunstancia que motiva que el niño alegue que preferiría no haber nacido se centra en una tara de tipo social. Si ya de por sí resulta difícil establecer un daño cuando se está en presencia de un grave defecto o enfermedad, la alegación de éste por una desgracia social es aún más complicada. Por ello, se han de distinguir también esos casos de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*¹²⁸.

Finalmente, el hecho de que sean los progenitores los que ocupen la posición pasiva de la reclamación de responsabilidad, o de que sea un profesional sanitario, es el que determina la distinción entre las acciones de procreación irresponsable y las acciones de *wrongful life*. Aunque en ambos casos el daño experimentado por el niño es el mismo, las especiales consideraciones que se plantean en torno a una reclamación de un hijo frente a un progenitor aconsejan un tratamiento separado de ambos casos.

5. Presentadas ya estas acciones y señaladas las principales diferencias con respecto de las demás acciones de responsabilidad por razón del nacimiento de un niño, corresponde a continuación entrar en el estudio concreto de las mismas, identificando sus presupuestos y características, así como la problemática que llevan aparejadas, como paso previo al análisis de la aplicación de la responsabilidad a este campo.

2. ESTUDIO DE LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE*

1. Antes de iniciar el análisis de estas acciones de responsabilidad hay que poner de relieve que el objetivo que guía todo este trabajo se centra en averiguar hasta qué punto

médicale. "Wrongful life". "Wrongful birth", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1988 (87), p. 605; TEDESCHI, *op. cit.*, pp. 511-538; VICENTE DOMINGO, *Daños corporales...*, p. 229).

¹²⁸. Esto significa que es la medicina —y no la cultura o la sociedad— la que debe determinar que el problema que afecta a un determinado sujeto le priva de un estado saludable y que, por tanto, entra dentro del concepto de enfermedad. A la hora de determinar cuál es este estado de salud enferma, la definición de la salud de la OMS resulta excesivamente amplia («un estado de completo bienestar psíquico, mental y social, y no consiste sólo en una ausencia de enfermedad») y por ello autores como MANNSDORFER aconsejan restringir esta definición a «alteraciones más o menos graves de la salud» (*op. cit.*, p. 119). Pero tampoco hay que llegar a un concepto que excluya la apreciación de un mal grave que afecte a un determinado niño. Las definiciones jurisprudenciales (como la que contiene la STS de 15 de noviembre de 1990, sobre el concepto de «deformidad»), serán prácticas en este sentido. Partiendo de este concepto más restringido, aquí se hará referencia indistintamente al mismo con diversas expresiones («enfermedades», «discapacidades» o «malformaciones»), con las que se tratará de englobar todos los posibles males que afecten al niño no nacido.

encajan en los moldes de la doctrina tradicional de la responsabilidad civil. Aunque no se oculta, para que nadie se llame a engaño, que este objetivo se aborda desde una perspectiva positiva —que persigue la afirmación de la responsabilidad tanto en las acciones de *wrongful birth*, como de *wrongful life*—, tal perspectiva queda subordinada, en todo caso, a los presupuestos generales de la responsabilidad. Por ello, la constatación de la falta de cualquiera de sus elementos (acción u omisión, relación de causalidad, negligencia y daño) determinará el rechazo de la misma¹²⁹.

Frente a las corrientes de extensión de la responsabilidad, creemos que a través de esta figura no se trata de indemnizar todo daño, sino únicamente aquéllos en que se reúnen los requisitos fijados por el Ordenamiento¹³⁰. Consiguientemente, se habrá de estudiar la responsabilidad desde sus justos términos, recuperando su función inicial.

2. Al mismo tiempo, sin embargo, el planteamiento de este estudio desde un punto de vista estrictamente jurídico será importante a la hora de analizar en concreto este tipo de acciones de responsabilidad, en que, como se verá a continuación, las consideraciones de tipo ético y metajurídico han regido en muchas ocasiones la respuesta que se ofrece a la pregunta de si es posible o no exigir responsabilidad en estos casos. Por ello, allí donde concurren los elementos establecidos por el Ordenamiento para exigir la responsabilidad, ésta deberá afirmarse, más allá de las propias opiniones del jurista y más allá del temor de las posibles consecuencias (pues el evitarlas es más labor del legislador que del jurista)¹³¹.

¹²⁹. El BGH alemán se ha pronunciado también en un sentido similar (sentencia de 18 de enero de 1983) al admitir la posibilidad de que el niño gravemente discapacitado quede sin protección financiera, en la medida en que no concurren los requisitos de la responsabilidad contractual o extracontractual. Por otra parte, según VRANKEN (*op. cit.*, p. 896), también ésta fue la tesis adoptada por el *Hoge Raad* en la sentencia de 21 de febrero de 1997, perspectiva jurídica que considera el autor que tiene como ventaja la claridad, aunque tampoco está libre de inconvenientes.

¹³⁰. Esto es lo que diferencia nuestro sistema de responsabilidad de otros sistemas (especialmente los nórdicos), en que la indemnización del daño producido por accidente se aproxima más bien a un sistema de Seguridad social (ver DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado...*, pp. 64-65 y 717-718, respecto de Suecia y Nueva Zelanda).

¹³¹. Tal idea es reflejada exactamente en el mismo sentido por FRANZKI («Neue Dimensionen in der Arzthafung: Schäden bei der Geburtshilfe und Wrongful life als Exponenten einer Entwicklung?», *Versicherungsrecht*, 1990 (31), p. 1185): «wenn die Gerichte ihre Entscheidungen durch das geltende Recht für geboten halten, können sie ihnen nicht ausweichen, nur weil die Folgen in dieser oder jener Hinsicht rechtspolitisch unerwünscht erscheinen»; y en menor medida por BERENSON (*op. cit.*, 916): «when the necessary elements of negligence are proved, the injury of the victim should be compensated».

Por ello, debe ser el legislador quien, en consideración a los efectos o resultados que pueden provocar las diferentes soluciones de las que disponga, deba proporcionar una norma especial por la cual se excluya la aplicación de la responsabilidad en este caso concreto o quien, en su caso, modifique la ley para excluir esta posibilidad, si realmente sus consecuencias no son deseadas por la sociedad (FRANZKI: «falls es der Rechtsprechung nicht gelingt, hier beizeiten Grenzen zu ziehen, müsste schließlich doch der Gesetzgeber aufgerufen werden», *op. cit.*, p. 1185). Así se señalaba en el caso escocés *Anderson v. Forth Valley Health*

Aunque no se deba perder de vista la perspectiva aportada por la moral y la ética —en la medida en que se traduzca o responda a intereses protegidos en el conjunto del Ordenamiento—, tal perspectiva por sí sola no podrá constituir un obstáculo a la aplicación general del instituto de la responsabilidad, sino únicamente en aquéllos casos en que se identifique con valores o principios recogidos en el Ordenamiento¹³². Esto, como se verá, tendrá especial importancia a la hora de estudiar el daño, donde la amplitud de dicho concepto requiere una precisión en cada caso que tenga en cuenta tales principios y valores constitucionales.

2.1. Elementos principales: el daño reclamado, la víctima y el agente productor del daño

1. El origen de este tipo de acciones se encuentra, como ya se avanzó, en el creciente desarrollo científico. Las enfermedades o malformaciones se han producido desde siempre, y el hombre siempre ha intentado evitarlas, especialmente a través del uso de la medicina¹³³. Los grandes avances en la detección preconceptiva o prenatal de muchos de los defectos o enfermedades, si bien no permiten la cura de éstas, sí otorgan a los indivi-

Board, donde se destacaba cómo a pesar de que el aborto era una materia que daba lugar a controversias morales, religiosas y políticas, un tribunal no podía decidir restringir la regulación establecida. Es el Parlamento el que tiene tal capacidad.

¹³². Señala en este sentido MIQUEL GONZÁLEZ que si bien no es posible ignorar los fundamentos políticos, sociales, económicos y morales del Derecho, la autonomía y complejidad del sistema «no permiten entender que las decisiones jurídicas se puedan tomar directamente de la política, de la economía o de los valores ético-sociales» («Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997 (1), p. 321).

Por tanto, únicamente en la medida en que los valores ético-sociales se reflejen o coincidan con principios jurídicos o con valores constitucionales, deberán ser tenidos en cuenta desde un punto de vista jurídico. Así lo reflejan dos autores franceses al tratar precisamente del problema que suscitan las acciones aquí estudiadas. Por un lado, JOURDAIN («La naissance d'un enfant peut-elle engendrer un préjudice indemnisable pour la mère en cas d'interruption volontaire de grossesse pratiquée sans succès?», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1991, 90 (4), p. 755) afirma: «le juge ne doit certes pas rester insensible aux données de la morale; il ne peut toutefois les faire accéder à la vie juridique qu'autant qu'elles ne s'opposent pas directement ou indirectement aux dispositions légales»; por otro lado, TERRE sostiene: «Il est des moments où le juge doit plus que jamais faire intervenir dans ses décisions la considération de valeurs fondatrices» («Le prix de la vie», *JCP*, 13 diciembre de 2000 (50), p. 2268).

¹³³. Según BATTIN («El consejo genético. ¿Por qué, para quién, cuándo, cómo?», en *Avances en Pediatría. II Congreso Mundial Vasco*, Coordinador A. Delgado Rubio, IDEPSA, Madrid 1988, p. 120); CANALE («Considerazioni medico-legali», en *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Giuffrè Editore, Milano 1999, p. 71) y DE LA FUENTE y BAJO («Asistencia del embarazo. Diagnóstico prenatal», en *Tratado de obstetricia y ginecología*, Volumen I, Dirigido por J.A. Usandizaga Beguiristáin y P. de la Fuente Pérez, McGraw Hill Interamericana, Madrid 1997, p. 167), aproximadamente entre el 2 y el 6% de los nacidos se ve afectado por una enfermedad genética o una malformación congénita. Una lista ejemplificativa de las enfermedades detectables en fase prenatal se puede encontrar en EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, p. 119 nota 171), si bien manifiesta la autora que tampoco es necesario realizar una lista taxativa para acudir a este tipo de diagnóstico, basta con la presencia de indicaciones de riesgo (pp. 122-123).

duos una cierta decisión sobre la materia, sea mediante el ejercicio de la libertad de procreación, sea mediante la interrupción del embarazo en curso¹³⁴.

En la medida en que la libertad de procreación y el aborto voluntario se encuentren reconocidos en un determinado Ordenamiento, podrá plantearse el supuesto de responsabilidad que aquí se estudia. La adopción de una decisión por parte de los progenitores respecto a si llevar a cabo o no la interrupción del embarazo o respecto a si concebir o no queda en cierto modo condicionada a la información que los mismos reciban respecto del curso normal o anormal del mismo. Y no sólo porque en algunos países la posibilidad de la práctica del aborto se condicione a la concurrencia de un defecto o malformación en el feto – siendo necesaria su detección para poder comenzar a plantearse la cuestión del aborto –, sino también porque, en todo caso, la decisión de los progenitores debe partir de la base de un conocimiento completo y exacto de las circunstancias que concurren.

Por ello, cuando se ofrece un falso negativo o se omite una información –existiendo en ambos casos la tecnología y los conocimientos científicos suficientes para proporcionar un diagnóstico correcto que refleje adecuadamente el mal o defecto que sufre el *nasciturus* o que amenaza al *concepturus*–, el daño que se produce como consecuencia de la privación de la libertad de procreación o de la decisión relativa al aborto pasa a ser un daño respecto del que se exige una reparación, tanto por los progenitores, como por el niño, que son los principales afectados por esos sucesos.

2. La interposición de una demanda de responsabilidad por parte de otros sujetos no queda fuera de lo imaginable: los hermanos u otros parientes podrían pretender una indemnización por el daño que les produce el nacimiento del niño enfermo¹³⁵. La responsabilidad

¹³⁴ . Ante la incapacidad actual de la medicina de encontrar un remedio para curar la mayoría de estos defectos o enfermedades una vez detectados, un gran número de Estados ha optado por permitir con anterioridad al nacimiento la posibilidad de interrumpir el proceso de gestación en el que concurren estos defectos o enfermedades. El conjunto de estas técnicas y del reconocimiento del aborto es lo que permite el surgimiento de estas acciones (WEBER, *op. cit.*, p. 25).

Aunque, según USANDIZAGA BEGUIRISTÁIN (*op. cit.*, p. 580), en España el 95 % de los abortos se acoge a la primera causa establecida por el artículo 417 bis.1 Cp (aborto terapéutico), los casos integrados en la tercera causa –que son a los que pertenecen éstos– también son importantes. De todas formas, hay que destacar que el aborto no se contempla como medio de «curación» del mal que afecta al embrión o feto, sino como instrumento de tutela de los intereses de la mujer embarazada.

¹³⁵ . De hecho, en ocasiones se han planteado tales demandas por parte de los hermanos del niño discapacitado, principalmente como víctimas de un daño indirecto o de rebote a partir del daño reclamado por el niño, o a partir del daño reclamado por los progenitores (en este caso, generalmente en el contexto de las acciones de *wrongful conception*). Las opiniones respecto de estas demandas se encuentran divididas.

en estos casos quedará condicionada a la aplicación de la teoría del daño indirecto o de rebote que, como veremos, ha de entenderse que restringe bastante el ámbito de legitimados para reclamarlo. Por otra parte, la posibilidad del ejercicio de esta acción por personas distintas de los progenitores o del niño a través de la transmisión *inter vivos* o *mortis causa* de la misma deberá quedar condicionada a lo dispuesto en general para la transmisión de la acción de responsabilidad¹³⁶.

Por un lado, rechazan esta demanda FRANZKI (*op. cit.*, p. 1184); HARRER (*op. cit.*, p. 274); KENNEDY y GRUBB (*Medical...*, p. 706); MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Sentencia...», p. 1118, parecen negarlo aunque no queda claro si lo establecen en general o en el contexto de la sentencia que comentan); THÜR (*Schadensersatz bei durchkreutzter Familienplanung (unter Berücksichtigung der Rechtsprechung in Deutschland, England und den USA)*, Altstätten S.G., Zürich 1996, p. 102); WEBER (*op. cit.*, p. 50) y WHITFIELD (*op. cit.*, pp. 686 y 706), así como los casos estadounidenses *Azzolino v. Dingfelder* y *Sala v. Tomlinson*. Lo aceptan, en cambio, TEFF (*op. cit.*, p. 426); SYMMONS (*op. cit.*, p. 269) y VICENTE DOMINGO (*Daños corporales...*, p. 225, que admite el daño moral y daño patrimonial para los hermanos), así como el caso estadounidense *Bowman v. Davies*. Algunos autores van incluso más allá y afirman que la demanda se ha de entablar por la familia en su conjunto (KELLY, *op. cit.*, p. 570-589), aunque en nuestro Ordenamiento no nos parece posible identificar la familia como titular de derechos por cuya lesión pueda reclamar una reparación.

¹³⁶ En primer lugar, la transmisión *inter vivos* quedará condicionada a lo dispuesto por el artículo 1112 Cc, que proclama la transmisibilidad de todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación, salvo pacto en contra. Pese a que PANTALEÓN PRIETO, plantea la posibilidad de que el artículo 1112 sólo se aplique a las obligaciones derivadas de contrato («Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte», *ADC*, 1983, p. 1574), él mismo no incluye tal elemento como requisito de la cesión («Artículo 1526», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p. 1022 y «Cesión de créditos», *ADC*, 1988, pp. 1086-1098), ni tampoco GARCÍA AMIGÓ («Artículo 1112», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p. 72).

Sin embargo, esta transmisibilidad se enfrenta al obstáculo de su limitación por la sujeción a la ley, que excluye, entre otros, los créditos personalísimos (pues así se deduce de lo dispuesto en el artículo 1111 Cc respecto de la acción subrogatoria; o del propio carácter *intuitu personae* del crédito, que impide su transmisibilidad, como señalan GARCÍA AMIGÓ, *op. cit.*, p. 72 o PANTALEÓN PRIETO, «Artículo 1526...», p. 1023 y «Cesión...», p. 1096). En la medida en que se considere que la indemnización del daño moral tenga tal carácter personalísimo y satisfaga únicamente el interés de la víctima del mismo y en la medida en que tal sea el daño reclamado las acciones aquí estudiadas, la transmisibilidad quedará excluida, al igual que su transmisibilidad parcial, pues el daño forma un todo (es único, aunque desde un punto de vista dogmático se puedan distinguir diversas partidas dentro del conjunto).

De hecho, parece ser ésta la posición sostenida por GARCÍA SERRANO (*op. cit.*, p. 847; aunque parece admitir la transmisión si no es contraria a la ley o a la moral social); GÓMEZ CALLE («Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno», en *Tratado de responsabilidad civil*, Coordinado por L.F. Reglero Campos, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2002, pp. 402-406); LACRUZ BERDEJO, *et al.* (*Elementos II-2...*, p. 518); MARTÍN CASALS y SALVADOR CODERCH («Sentencia del Tribunal Supremo de 18 abril 1989», *CCJC*, 1989, (mg. 539), p. 758) y los MAZEAUD (*op. cit.*, pp. 366-369). En contra, cita en general PANTALEÓN PRIETO una serie de argumentos que él mismo rechaza («Diálogo...», pp. 1571-1576 y «La indemnización por causa de lesiones o de muerte», *ADC*, 1989, p. 647). Otros autores rechazan la limitación a la transmisibilidad sobre la base de que se produce una confusión entre el sustrato personal del derecho con la forma que asume de pretensión rescindicatoria. Si bien el derecho es personal e intransmisible, la indemnización, prestación pecuniaria, no lo es (ver al respecto, GARCÍA LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 193-198; VICENTE DOMINGO, *Daños corporales...*, pp. 236-240).

En segundo lugar, la transmisión *mortis causa* sigue el mismo principio, ya que de acuerdo con el artículo 659 Cc, la sucesión no se produce respecto de los derechos personalísimos, en tanto que éstos se extinguen con la muerte. No obstante, la doctrina distingue en estos casos entre dos supuestos: aquéllos en que la muerte se produzca antes del ejercicio de la acción (en cuyo caso no hay transmisibilidad) y aquéllos en que la muerte

3. Una vez asentado este punto de partida que justifica el surgimiento de este tipo de acciones, hay que resaltar que la reclamación de responsabilidad por parte de los progenitores y por parte del niño da lugar a dos acciones de responsabilidad distintas, pero relacionadas entre sí: las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Son distintas puesto que cada una de ellas consiste en una pretensión ejercitada por un sujeto diferente que reclama un daño diferente; pero están relacionadas porque ambas surgen de un mismo supuesto de hecho, que es el anteriormente descrito, lo que supone que ambas comparten en mayor o menor medida una misma problemática¹³⁷.

En concreto, se denomina como *wrongful birth* a la reclamación de responsabilidad que interponen uno o ambos progenitores¹³⁸, en la que solicitan la reparación de un daño consistente en la privación de la facultad de decisión, así como los gastos aparejados al nacimiento del niño. Por el contrario, se denomina *wrongful life* a la reclamación de responsabilidad interpuesta en nombre del niño¹³⁹, en la que se solicita una reparación por el daño que experimenta: su propia existencia¹⁴⁰.

se produzca una vez ejercitada la acción, en cuyo caso, manifestada ya la voluntad del titular del derecho, éste puede ser ejercitado por otro sujeto. Tal distinción (recogida en cierto modo en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, artículos 4 y 6) la aceptan, entre otros, ÁLVAREZ VIGARAY (*op. cit.*, p. 108); GARCÍA LÓPEZ (*op. cit.*, pp. 202-212); GÓMEZ CALLE («Los sujetos...», p. 404); PANTALEÓN PRIETO («Diálogo...», p. 1575, aunque también plantea la opinión contraria en p. 1574) o VICENTE DOMINGO (*Daños corporales...*, pp. 234-248).

De todas formas, si se contempla la función de la indemnización del daño moral se constata que tampoco cuando hubiera sido ejercitada la acción tal función puede cumplirse, motivo por el cual se puede poner en duda la transmisibilidad *mortis causa* de la acción de responsabilidad cuando su contenido sea total o parcialmente un daño moral (en este sentido parece pronunciarse GARCÍA SERRANO, *op. cit.*, pp. 847-848).

¹³⁷ . Son varios los autores que destacan la similitud entre estas pretensiones; entre ellos, DEWITT ROGERS (*op. cit.*, pp. 713, 739) o MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Sentencia...», p. 1120). Como destacan BOPP, BOSTROM y MCKINNEY (*op. cit.*, p. 463), tienen en común el hecho de que en ambos casos se introduzcan las cuestiones éticas relacionadas con el aborto y con el hecho de que la vida en sí misma no es un daño.

¹³⁸ . Lo más frecuente es que la acción de *wrongful birth* sea entablada por ambos progenitores de forma conjunta (ambos como demandantes o uno por sí mismo y en representación del otro) o por la mujer exclusivamente. Al no existir litisconsorcio activo necesario, no se precisa la actuación conjunta ni, como veremos, es siempre posible. Lo que no es frecuente, sin embargo, es que sea el padre el único demandante; en parte, sin duda, porque, como se verá, carece de legitimación activa para reclamar por ciertos daños.

¹³⁹ . Aunque en lo sucesivo se hará referencia a esta acción de *wrongful life* como la acción de responsabilidad del niño (como víctima del daño reclamado a través de tal pretensión), aquí queremos dejar constancia de que su ejercicio es realizado no por él, sino en su nombre. Esta opinión parece ser compartida por GALLAGHER (*op. cit.*, pp. 1319 y 1322); MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Sentencia...», p. 1102); PETERS y PETERS (*op. cit.*, p. 857) y TROTZIG (*op. cit.*, p. 16). A pesar de que algunos autores, como DEGUERGUE (*op. cit.*, p. 19); GALÁN CORTÉS («La acción de “wrongful birth” en nuestra jurisprudencia», *Revista Española de Medicina Legal*, 1998, XXII (84-85), p. 10) o JACKSON («Action...», p. 536) admiten la posibilidad de ejercicio directo de este tipo de acciones por el propio niño (en caso de mayoría de edad), esta posibilidad es remota.

En concreto, los supuestos en que podría plantearse serían dos: por un lado, se trataría de los casos en que la constatación del daño se produjese tras la mayoría de edad del niño, iniciándose entonces el plazo de prescripción de acuerdo con los artículos 1968.2º y 1969 Cc. No obstante, es dudoso en este supuesto que se pueda hablar de un daño para el niño por el hecho de nacer, cuando ha vivido «sano» durante tanto tiempo.

4. La diferencia fundamental entre ambas –que, a su vez, se constituye como parte fundamental del distinto trato que unas y otras recibe–, se sitúa en el daño reclamado. Mientras que la pretensión del niño se basa en que para él hubiera sido mejor no haber nacido que nacer con tales defectos o enfermedades, la de los padres, por el contrario, no se

MERKEL, de hecho, rechaza en tales casos la acción de *wrongful life* (*op. cit.*, pp. 187-188). Por otro lado, se trataría de los casos en que la acción de *wrongful life* se ejercitase por vía contractual (lo cual, como se verá, es más que cuestionable) y el niño tuviese suficiente madurez como para ejercitar la acción, de acuerdo con el artículo 162.1º Cc. Con ello, el obstáculo se duplica, puesto que tal precepto es interpretado por parte de la doctrina como referido exclusivamente al ejercicio de derechos fundamentales (ROCA TRIAS, «Artículo 29», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, p. 227).

Por ello, nos parece preferible limitar como regla general el supuesto de las acciones de *wrongful life* al ejercicio en nombre del niño por parte de sus progenitores (artículo 7.2 LECiv 1/2000 en consonancia con el artículos 154.2º, 162 y 163 Cc), salvo que éstos no existan o hayan sido privados de la patria potestad, o salvo que se plantee un conflicto de intereses (en cuyo caso la acción deberá ejercitarla el progenitor respecto del que no exista conflicto o, en su defecto, un defensor judicial nombrado por el juez: artículos 163 y 299 Cc). También DE ÁNGEL YÁGÜEZ («La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de “wrongful birth”». Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2002 (17), p. 190) puntualiza esta intervención de los progenitores como representantes del niño, que deciden el ejercicio de la acción.

¹⁴⁰ . Esta denominación y esta distinción ha sido aceptada por la mayoría de los autores. A modo de ejemplo, baste con citar, entre nuestros autores, a DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Diagnósticos I...», pp. 109-110; *Responsabilidad civil...*, p. 158; «La segunda...», p. 120; «Artículo 1902...», p. 534; «La tercera...», pp. 189-190); EMALDI CIRIÓN («La responsabilidad...», pp. 1604-1605; *El consejo...*, pp. 237-238); GALÁN CORTÉS («La acción...», p. 10; *La responsabilidad...*, pp. 120, 122; *Consentimiento...*, pp. 328 y 492); MARTÍN CASALS (*op. cit.*, p. 183) o MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Responsabilidad...», p. 1641; «Anticoncepciones...», p.3; «Sentencia...», pp. 1101-1102), así como, entre la doctrina extranjera, a BERENSON (*op. cit.*, pp. 897-899); DANZEISEN y REITLER («Tort law: wrongful birth and wrongful life actions», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1988 (11), p. 859 notas 3 y 4); DONOVAN (*op. cit.*, pp. 64 y 68); JACKSON («Action...», pp. 537 y 582-583); LE TOURNEAU y CADIET (*op. cit.*, pp. 326-327); PACE (*op. cit.*, p.145); PETERS y PETERS (*op. cit.*, pp. 857-858); SARGÓS («Réparation du préjudice personnel de l'enfant handicapé lorsque son handicap a été contracté *in utero*. Rapport sur l'arrêt de la Cour de Cassation 17 novembre 2000», *JCP*, 2000 (50), p. 2302) y WEBBER (*op. cit.*, p. 10).

No obstante, esto no significa que haya estado libre de críticas. En concreto, se le critica su falta de expresividad (MARKESINIS y UNBERATH, *The German law of torts. A comparative treatise*, 4ª edición, Hart Publishing, Oxford-Portland (Oregón) 2002, pp. 179-180: «any “wrongfulness” lies not in the life, the birth, the conception, or the pregnancy, but in the negligence of the physician. The harm, if any, is not the birth itself but the effect of the defendant's negligence on the [parents] resulting from the denial to the parents of their right... to decide whether to bear a child or whether to bear a child with a genetic or other defect» [*sic*]); su confusiónismo (entre otros, KENNEDY y GRUBB, *Medical...*, p. 1495; SEYMOUR, *op. cit.*, p. 75 o TEFF, *op. cit.*, p. 425), su ambigüedad (CARUSI, *op. cit.*, p. 370) y su macabra sonoridad. En palabras de TEFF (*op. cit.*, p. 425): «one is not instinctively attracted to the cause of someone who appears to be impugning life itself». De hecho, en opinión del autor, esta terminología no ha beneficiado en absoluto al niño, al igual que tampoco lo ha hecho el origen de esta terminología en los casos de *disadvantaged life* (p. 427); idea que comparte con varios autores (CAPRON, *op. cit.*, pp. 634, 638 nota 88, 647 y 683; FISCHER, «“Wrongful life”: Haftung für die Geburt eines behinderten Kindes –BGHZ 86, 240», *Zeitschrift für Studium und Praktische Ausbildung (JuS)*, 1984 (Heft 6), p. 436; JACKSON, «Action...», p. 576 y REINHART, «“Wrongful life” – gibt es ein Recht auf Nichtexistenz», *Versicherungsrecht*, 2001 (25) p. 1081). Por ello, FURROW afirma que la principal dificultad deriva de la trampa semántica de la idea de que la vida es errónea; motivo por el que prefiere denominar a estas acciones como «diminished life», a fin de evitar la carga semántica aparejada a la terminología usual (*op. cit.*, pp. 100 y 104). Pese a ello, señala TAUB («Wrongful life – its problems are not just semantic: a reply to Furrow», *Law, Medicine & Health Care*, 1982 (10), p. 208) que el problema no es sólo semántico, sino que se encuentra en la propia naturaleza de la acción, por lo que no se resolvería por un cambio del nombre.

centra en la vida en sí del niño¹⁴¹. Como veremos posteriormente, las implicaciones éticas y morales aparejadas a esta «simple» diferencia permitirá a la mayor parte de la doctrina rechazar la demanda de *wrongful life* y aceptar la de *wrongful birth*.

Este trato diferente es posible desde el momento en que se trata de reclamaciones de responsabilidad independientes, lo que permite su ejercicio individual o conjunto¹⁴², así como la afirmación de una sola de ellas y el rechazo de la otra. Como afirma DEWITT ROGERS, el éxito o fracaso de cada una no depende del éxito o fracaso de la otra¹⁴³.

5. Por lo que respecta al sujeto frente al que se dirige la reclamación de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life*, es generalmente el profesional sanitario cuyo comportamiento fue el origen de la privación de información a los progenitores¹⁴⁴.

Hay que aclarar desde un principio que la referencia genérica a los «profesionales sanitarios» —en lugar de al médico o facultativo, como suele ser común—, viene determinada por la creencia de que en estos casos el comportamiento que da origen al conjunto de acontecimientos que deriva en la elaboración de un falso negativo en el diagnóstico puede ser desarrollado por cualquiera de los diversos profesionales sanitarios que intervienen en el proceso de diagnóstico¹⁴⁵. Por ello, como se verá en su momento, la reclamación no siempre habrá de dirigirse a uno solo.

¹⁴¹. Como resumen de esta diferencia, son interesantes las palabras de OSTHEIDE (*op. cit.*, pp. 184-185), que señala que en el ámbito de las acciones de *wrongful birth* se trata sólo de si los padres del niño no deseado han sufrido un daño indemnizable (sólo se debe averiguar si sus propios intereses fueron lesionados, lo que permite reducir este daño a un daño patrimonial, que no pone en cuestión la existencia del niño). En cambio, en el ámbito de la problemática de *wrongful life* es necesario para el reconocimiento de un daño jurídicamente indemnizable del niño proceder a una valoración directa de su existencia.

¹⁴². El ejercicio conjunto de ambas acciones por los progenitores en su propio nombre y en nombre del niño es, de hecho, lo más frecuente, como ponen de relieve DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Diagnósticos I...», p. 109, nota 11; *Responsabilidad civil...*, p. 159 y «La segunda...», p. 120, nota 6); EMALDI CIRIÓN («La responsabilidad...», p. 1605; *El consejo...*, pp. 239 y 250) y GALÁN CORTÉS (*Consentimiento...*, p. 328). De forma general, GÓMEZ CALLE («Los sujetos...», p. 396) afirma que la reclamación del menor dañado la interpone el representante «sin perjuicio de que el representante pueda demandar, al propio tiempo que la indemnización para su representado, la que a él mismo pueda corresponderle en cuanto perjudicado por el mismo hecho».

¹⁴³. *Op. cit.*, p. 749. Este autor subraya la independencia de ambas acciones al afirmar: «it is clear that the parents' claims are not derived from the claim of the child».

¹⁴⁴. Tal sujeto ocupa la posición de legitimado pasivo. La legitimación pasiva viene definida por Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, volumen I, 10ª edición, Tecnos, Madrid 2002, p. 419) como la idoneidad para soportar el ejercicio de derechos. Según estos autores, responde a la cuestión de frente a quién tiene que ser ejercitado el derecho. Así, en los derechos absolutos corresponde a la persona que ha violado o lesionado el derecho; en los derechos relativos corresponde al sujeto especial y directamente obligado por el derecho (por ejemplo: deudor frente a acreedor).

¹⁴⁵. Pese a que, como señala CAMPINS VARGAS, la actividad profesional ha sido tradicionalmente concebida como una actividad individual (*La sociedad profesional*, Civitas, Madrid 2000, pp. 33-34), tal tendencia ha cambiado en la actualidad. Así, señala LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 3) que los campos de competencia

La creciente especialización de las profesiones sanitarias, como consecuencia del avance científico, ha determinado la parcelación de la actividad sanitaria entre diversos profesionales que intervienen conjuntamente en el tratamiento del paciente¹⁴⁶. Así, actualmente el conjunto de la atención sanitaria se divide entre diversos profesionales que dominan un ámbito concreto de tal atención¹⁴⁷. El hecho de que cualquiera de ellos –médicos, asistentes técnicos, enfermeros...– pueda llevar a cabo el comportamiento sobre el que se produzca la privación de información a los progenitores, es lo que obliga a referirse siempre en plural a los «profesionales sanitarios».

2.2. Situación del problema. El supuesto de hecho del que parten estas acciones: el daño de la vida o por la vida

1. Las acciones de responsabilidad así planteadas han suscitado desde sus inicios un profundo debate que se ha encauzado en dos direcciones principales. Por un lado, se ha suscitado un debate de tintes éticos o morales sobre la admisión de una reclamación basada en la privación de la posibilidad de haber puesto fin a la vida de un niño o en el daño que

médica se amplían y se diferencian entre sí cada vez más y cada vez más rápidamente. De hecho, lo habitual es que, junto con el facultativo, intervengan en la prestación desarrollada otra serie de personas –físicas o jurídicas– que auxilien al médico o realicen actuaciones complementarias o paralelas a la suya, de forma coordinada o independiente y en situación de igualdad o de jerarquía, según cada caso. Habla en este sentido ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, p. 213) de que es la modalidad más usual de ejercicio de la medicina en las grandes ciudades y SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p. 294), se refiere al «protagonismo de la prestación colectiva del acto médico».

¹⁴⁶ . El volumen de conocimientos sobre el cuerpo humano y sus enfermedades, en constante incremento, impide que un único sujeto los abarque en su totalidad, motivo por el cual se ha producido una creciente especialización en este ámbito y una necesidad de actuación conjunta. Así se señala en general en nuestro Ordenamiento y en los ordenamientos próximos (LAUFS, en LAUFS/UHLENBRUCK, pp. 4 y 948; BERGMANN, *op. cit.*, p. 45; GALÁN CORTÉS, *La responsabilidad...*, p. 16; GÓMEZ PAVÓN, *op. cit.*, p. 345; LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, p. 258 o MARTÍN BERNAL, *Responsabilidad...*, pp. 189-191).

Otros factores que contribuyen a este proceso de parcelación de la actividad y división del trabajo son: el aumento de los costes de la actividad (FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad...*, pp. 17 y 63 o LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, p. 259) o el intento de ofertar a los pacientes unas prestaciones más complejas (MARTÍNEZ CALCERRADA, *La responsabilidad...*, pp. 273-274) o de mayor calidad (Resolución de la Asociación Médica Mundial sobre la práctica médica de Grupo, de 1988).

¹⁴⁷ . De hecho, esta división ha estado presente (aunque en menor medida) prácticamente desde un principio en el desarrollo de la actividad médica. El médico en general ha desempeñado su actividad ayudado inicialmente por asistentes o aprendices y posteriormente por enfermeros (denominados en otra época, Asistentes Técnicos Sanitarios y, actualmente, Diplomados Universitarios en Enfermería). Gracias a ellos, el facultativo ha podido centrar su actividad en la curación del paciente, dejando su cuidado en manos de otros profesionales (suministro de medicinas, vigilancia, aseo...: ver el artículo 54.2 del Estatuto General de la Organización Colegial de Enfermería de España y el RD 1231/2001, de 8 de noviembre). La parcelación actual continúa este proceso. Según LLAMAS POMBO, el incremento de la complejidad de las estructuras sanitarias caracteriza la segunda fase del moderno derecho sanitario (*La responsabilidad...*, p. 15).

tal vida le supone a éste. De menor entidad –pero en la misma línea–, se ha planteado en ocasiones un debate con argumentos sofisticados respecto a la reclamación en concreto del propio niño, pues se considera absurdo concebir la interposición de una demanda en reclamación del daño que permite precisamente al legitimado activo interponer tal demanda¹⁴⁸.

Por otro lado, desde un punto de vista jurídico el debate sobre la aplicación a estos casos de la responsabilidad se transforma principalmente en la interrogación respecto del concepto de daño resarcible –lo que deriva de la otra perspectiva del debate–, pero también respecto de la relación de causalidad y la imputación objetiva, cuestión a la que no se le ha prestado tanta atención como debería (allí donde se trata, se afirma o se niega, pero no se estudia en profundidad) y cuya constatación en el supuesto de hecho de estas acciones es complicada, desde el momento en que se acepta que ha de partirse de que el profesional sanitario no causa el mal o enfermedad del niño sino que «únicamente» no informa sobre él. Así, la constatación del enlace causal con respecto a los daños reclamados por cada uno de los demandantes presenta igual dificultad que la caracterización del daño¹⁴⁹.

2. Como se indicó anteriormente, es esta segunda perspectiva del debate la que nos interesa aquí especialmente; pero esto no significa que no se vaya a prestar atención a la primera. Por ello, vamos a comenzar con una visión de las objeciones más de tipo ideológico que han suscitado estas acciones y los argumentos aducidos como rechazo inicial de este tipo de demandas, para centrarnos posteriormente en argumentos más específicos de derecho positivo.

¹⁴⁸. Esta idea proviene de Estados Unidos, donde ya en el caso *Gleitman v. Cosgrove* se afirmaba que a través de la reclamación de *wrongful life* «the plaintiff cuts from under himself the ground upon which he needs to rely in order to prove his damage». A partir de ahí, TEDESCHI indica: «Life itself should not be considered as the *habere* of living, but as their *esse*. The living would not exist but for it, so that here again there is no place for comparison. The absence of damage in our case is not simply the result of a technical-legal attitude; it is also logical conclusion» (*op. cit.*, p. 529-530). Años después retoma TEFF estas opiniones al señalar: «the very notions of “damage” and “loss” require, both logically and legally, a continuity of personal identity, which is precluded in “wrongful life” cases by the very nature of the claim» (*op. cit.*, p. 433; opinión que comparte STEINBOCK, «The logical case for “wrongful life”», *Hastings Center Report*, 1986, p. 17 y que menciona FERRANDO, *Libertà...*, p. 227) y a partir de aquí, uno de nuestros autores (BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Sentencia del Tribunal Supremo de 4 febrero de 1999», *CCJC*, 1999, (mg. 1373), p. 859) hace referencia al absurdo lógico de reclamar por el hecho que permite interponer tal reclamación.

Frente a todos ellos, CAPRON (*op. cit.*, pp. 648, 650-654) rechaza esta supuesta imposibilidad lógica: «which is less a matter of logic than of philosophy and value preferences». De hecho, lo considera una variante de la idea que se verá en su momento de que la existencia es siempre preferible.

¹⁴⁹. Esta doble perspectiva del problema jurídico es puesta de relieve, entre otros, por CECCHINI ROSELL (*op. cit.*, p. 187); FERRANDO («Nascita...», p. 212, aunque destaca especialmente el problema del daño); FINEL (*op. cit.*, p. 225) o JONÁS («L'enfant préjudice», *Medicine et Droit*, 1997 (26), p. 15).

3. La raíz del problema que rodea a estas acciones se encuentra en el hecho de que en ambas –si bien de forma más acusada en las acciones de *wrongful life* que en las de *wrongful birth*¹⁵⁰– se reclama una reparación por el hecho del nacimiento o de la vida del niño. Detrás de cada una de estas acciones de responsabilidad se encuentra la concepción de que es mejor no vivir que vivir en las condiciones en que se encuentra el niño. Los padres hubieran preferido, ya que no era posible que el niño naciera sano, que su hijo no hubiera nacido; el niño hubiera preferido no nacer.

Así planteado, no cabe duda de que se trata de unas reclamaciones que pueden suscitar grandes objeciones morales y éticas. La afirmación de la responsabilidad parece chocar frontalmente con la idea de la vida como bien máspreciado del ser humano y con la dignidad de la persona, que se pone en cuestión al afirmar su propia existencia como daño¹⁵¹. Si a ello se le une la idea del aborto, que, aunque realmente planea sólo sobre un grupo de casos de los que forman parte de estas acciones –los de diagnóstico prenatal–, extiende su reproche a todos ellos¹⁵², es fácil imaginar la oposición ideológica a este tipo de re-

¹⁵⁰ . Aunque autores como BREGANTE (*op. cit.*, p. 197) o DONOVAN (*op. cit.*, p. 68) señalan que el problema ético y la complejidad es mayor en relación a las acciones de *wrongful life*, por lo que existe mayor propensión a su rechazo, ello no significa que no esté presente en las de *wrongful birth*. Como destaca TEFF (*op. cit.*, p. 431), «the courts have felt more comfortable about handling “wrongful birth” cases, in part because they are not seen as posing, at least in such a stark form, the dilemma of how to value life in comparison with non-existence. However, in applying the “special benefits” rule, and assigning a monetary value to the benefits and losses of having a child, one cannot wholly escape from similarly sensitive judgements [...] One should not overlook the conceptual affinities with “wrongful life”, in particular how the same concern with the sanctity of human life and scepticism about the measurability of damages grounded initial rejection and continues to curb development».

¹⁵¹ . Éste es el tipo de concepciones que se encuentra en el horizonte de toda esta problemática. Como se declaró en el caso estadounidense *Schroeder v. Perkel*, «the problems of wrongful conception and wrongful birth involve an evaluation not only of law, but also of moral, medicine and society. Thus, it is not surprising that the same issues may elicit divergent judicial responses». Igualmente lo indican tanto OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 20), como SAINTE-ROSE (*op. cit.*, p. 316). PICKER, que señala con claridad cómo este tipo de demandas suscitan la pregunta sobre la relatividad o absolutividad de la vida (*Wrongful life...*, p. 8), es uno de los autores que se plantea con mayor intensidad las cuestiones éticas aparejadas a este tipo de acciones. Su estudio parte, de hecho, de la cuestión de hasta qué punto la moral social ha de adaptarse a las consecuencias derivadas de los avances médicos o si son éstos los que deben verse limitados por la moral social («Wrongful birth...», pp. 485-487, idea presente también en MATTEI, «Trisomie 21. Naître ou ne pas naître?», *Études. Revue mensuelle*, 1997 (386), p. 756). La conclusión de este autor parece ser esta última, pues de lo contrario, según él, se corre el riesgo de retroceder en el progreso social y en la civilización (pp. 546-547).

¹⁵² . Frente a ello, PANTALEÓN PRIETO aconseja recordar que en este tipo de acciones también se encuentran englobados los diagnósticos preconceptivos, en los cuales no se encuentra presente el aborto como opción perdida («Procreación...», p. 268), y que, según CAPRON (*op. cit.*, p. 647 nota 137), parece que plantean menores problemas de tipo ético.

clamaciones¹⁵³. De hecho, se enfrentan de forma inconciliable las concepciones pro-vida con concepciones más pragmáticas, por lo que resulta prácticamente imposible hallar una solución que contente a todos, ya que, como señala TEFF, las convicciones personales o religiosas se opondrán siempre de forma tajante al reconocimiento de este tipo de demandas, que otros mirarán con mucho recelo¹⁵⁴.

Como veremos, sin embargo, hay que entender las reclamaciones de responsabilidad de los progenitores y del niño en sus justos términos y estudiar si realmente se basa la demanda sobre la idea de que hubiera sido mejor no nacer o si el daño reclamado es otro. En la medida en que tal daño se pueda separar del concepto de la vida del niño, se podrá contemplar el problema de la responsabilidad con cierta objetividad. Aunque con ello no se eludan las objeciones de los opositores a ultranza de estas acciones, es posible que se relativice el debate ideológico y se reconduzca a sus justos términos jurídicos.

4. Antes de dar este paso, sin embargo, es necesario identificar una serie de argumentos que se han expuesto en contra de la admisión de las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life*, cuya base no se apoya en razonamientos jurídicos o de derecho positivo, sino, precisamente, en las consideraciones del debate ético y moral.

En concreto, comenzaremos analizando los argumentos que se oponen *a priori* a la aplicación de la responsabilidad civil a este tipo de casos (que, aunque con un tinte más jurídico, en el fondo engloban la visión de que no puede emplearse como vía de solución de

¹⁵³. El hecho de que el aborto se encuentre reconocido en el Ordenamiento no impide que su relación con este tipo de acciones obstaculice su reconocimiento, pues la idea es que en todo caso es antijurídico. Tal idea está presente en BERENSON (*op. cit.*, pp. 916 y 918) y PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», p. 268, nota 66).

De hecho, como destaca DE CRUZ (*op. cit.*, p. 77), el aborto es una de las cuestiones más controvertidas moral, social y legalmente de nuestra época. Aunque la ideología personal del jurista no debería intervenir en su juicio, como veremos posteriormente, en estos casos es prácticamente imposible evitar posiciones de aceptación o rechazo que guían el juicio posterior, como admite BUSTOS PUECHE («Un caso de voluntarismo judicial: la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997», *La ley*, 1997 (5), D-250, p. 1700). No obstante, como subraya el caso *Wilson v. Kuenzi*, deben ser evitadas al máximo («the emotional and controversial issue of abortion should not control or influence the decision in this case»).

¹⁵⁴. *Op. cit.*, p. 434: «Naturally, whether from personal moral conviction or adherence to religious doctrine, some people will always be resolutely opposed to recognition of the “wrongful life” claim in any circumstances, while many others will view it at best with misgivings. It would be futile to try and articulate it with any precision the situations in which it might be deemed actionable». Tal opinión es compartida por DICKENS (*op. cit.*, p. 81), cuando muestra cómo la afirmación o rechazo de este tipo de acciones se fundamenta en las opiniones favorables a la vida o a la libertad de la mujer en torno al aborto.

Según DEUTSCH («Neuere internationale Entwicklungen des Arztrechts und der Arzthaftung», *Versicherungsrecht*, 1982 (29), p. 713), este tipo de acciones mezcla temores ancestrales de la humanidad con cuestiones jurídicas. La oposición se centra en la misma idea de la concesión de responsabilidad. Por ello, según LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 974), la cuestión es irresoluble.

la situación en que se encuentran los progenitores y el niño una institución que requiere calificar a la vida como daño); y terminaremos con el análisis de los argumentos que acuden a razonamientos extrajurídicos para justificar el rechazo de una o ambas acciones.

2.2.1. El rechazo a la aplicación de la responsabilidad como vía de solución frente a la situación de los progenitores y del niño

2.2.1.1. Premisa: la responsabilidad no es el instrumento adecuado en estos casos

1. En concreto, se señalan dos motivos distintos como justificación del rechazo de la responsabilidad como instrumento adecuado para atender las necesidades de los sujetos damnificados por el comportamiento del profesional sanitario:

2. En primer lugar, se alude en ocasiones a que lo que se busca en realidad es una sanción del profesional sanitario que cometió el error que llevó a la penosa situación en que se encuentran los progenitores y el niño¹⁵⁵. Siendo éste el objetivo, se niega que la responsabilidad civil sea la vía adecuada para alcanzarlo, puesto que la finalidad de esta institución en nuestro Ordenamiento no es la de sancionar comportamientos (función que desempeña la responsabilidad penal), sino reparar daños¹⁵⁶. Por tanto, emplear en estos casos el instrumento de la responsabilidad sería atribuirle funciones que no tiene¹⁵⁷.

¹⁵⁵ . Así lo sostiene, por ejemplo, VINEY («Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion. Cass. ass. Plén., 17 novembre 2000», *JCP*, 2001 (2), p. 66).

¹⁵⁶ . Aunque la responsabilidad civil tuviera en su origen una función de castigo o pena privada (DÍEZ-PICAZO, *Daños...*, p. 44), en la actualidad existe un amplio acuerdo doctrinal respecto de la negación de una función sancionadora del derecho de daños (por todos, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado...*, p. 60; GARCÍA LÓPEZ, *op. cit.*, p. 108-113; los MAZEAUD, *op. cit.*, p. 397; MAZEAUD y TUNC, *Tratado I...*, p. 7 y PANTALEÓN PRIETO, «Artículo 1902...», p. 1971). Esta concepción es también compartida por la jurisprudencia (entre otras, SSTs de 7 de enero de 1992, 23 de marzo de 1993, 23 de noviembre de 1994 y 27 de noviembre de 1995).

No obstante, hay que señalar que también han existido opiniones favorables a la caracterización de la función del daño moral como pena privada. Ver al respecto ÁLVAREZ VIGARAY (*op. cit.*, pp. 93-95); REGLERO CAMPOS («Conceptos...», pp. 55-74, que admite incluso la aplicación en nuestro sistema de los *punitive damages* en los casos en que la conducta del causante sea especialmente intolerable, y afirma su reconocimiento implícito en ciertas normas) o SANTOS BRIZ (*La responsabilidad...*, pp. 154, 179, 180-181, 185 y 191-192, que destaca cómo no deja de haber elementos de pena o expiación en la responsabilidad civil y que, de hecho, los tribunales suelen tenerlos en cuenta).

¹⁵⁷ . Sin afán de justificar en absoluto esta práctica, hay que señalar que ha sido frecuente —especialmente entre la jurisprudencia— acudir a la responsabilidad con una finalidad sancionadora a través de la indemnización de daños morales (así lo apuntan SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU; *op. cit.*, p. 102). Como destaca GÓMEZ POMAR (*op. cit.*, p. 10), «bajo la decisión de condenar a pagar tal o cual cantidad de dinero parece subyacer la repugnancia mal disimulada ante lo que representaría limitarse a conceder una indemnización nominal, próxima a cero, por no haber daños patrimoniales ni poder justificarse una precisa repercusión negativa de carácter psíquico o afectivo». El daño moral cumple, pues, de forma inadecuada, la función de pena privada (CARBONNIER, *Droit civil*, Tomo 4, 22ª edición, Dirigido por C. Lambrusse-Riou, Presses Uni-

Si bien es plenamente cierto que no es suficiente con constatar un comportamiento negligente del profesional sanitario para apreciar su responsabilidad, sino que han de concurrir el resto de los elementos de esta figura¹⁵⁸, no hay que confundir tampoco la motivación de las partes a la hora de interponer una reclamación de responsabilidad con la función que cumple en el caso la misma. Con independencia de si los progenitores y el niño buscaban o no sancionar al profesional sanitario, podrán reclamar una indemnización siempre que se encuentren presentes en el supuesto en cuestión los elementos establecidos por el Ordenamiento para la responsabilidad. En tal caso, la responsabilidad cumplirá su propia función reparadora del daño que se ha acreditado, sin perjuicio de que en su fuero interno los demandantes se vean satisfechos por otras motivaciones personales.

3. Junto a esta línea argumental, la otra gran línea de rechazo de la aplicación de la responsabilidad civil se basa en el choque que el recurso a tal institución plantea respecto del derecho de familia. La objeción —que deriva en realidad del tratamiento de las acciones de *wrongful conception*¹⁵⁹—, surge, en concreto, frente a las acciones de *wrongful birth*,

versitaires de France, París 2000, p. 380; MALAURIE y AYNÈS, *Droit civil. Les obligations*, 10ª edición, Éditions Cujas, París 1999, p. 147 o TERRE, SIMLER y LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 7ª edición, Dalloz, París 1999, p. 643). Tal es la visión que, de hecho, parece que se traslada a este tipo de acciones de responsabilidad, ante la dificultad de afirmar una reparación para las partes en conflicto. La idea del *favor victimae* actúa aquí como criterio rector.

Sin embargo, esta tendencia ha de ser combatida y rechazada. La indeterminación del daño moral no puede servir como vía para trastocar la función de la responsabilidad. La regla que rige esta institución no es la de reparar cualquier daño, sino la de repararlo cuando exista una razón que así lo aconseje. De lo contrario, la responsabilidad se transformará en un sistema de Seguridad Social. Como señala PANTALEÓN PRIETO («Cómo repensar...», p. 454), la diferencia de un régimen de Seguridad Social frente a uno de responsabilidad civil radica en que en el primero no se trata de indemnizar el daño, sino de ayudar a los que quedan en situación de necesidad por efecto de determinados tipos de eventos lesivos.

¹⁵⁸. Esta afirmación es especialmente importante en el seno de este tipo de acciones, donde no cabe duda generalmente de que el profesional sanitario del que se reclama la responsabilidad actuó negligentemente. Aunque el hecho de que este proceder pueda encontrarse sin sanción (al margen de la sanción administrativa que pueda derivar de la aplicación de los artículos 32.1 y 35 LGS, como actuación leve o grave y de las sanciones colegiales), no debe llevar a afirmar sin más la responsabilidad. Así, destaca la doctrina que el comportamiento negligente no es suficiente, sino que es necesario un daño para que se aprecie la responsabilidad (entre otros, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «Diagnósticos II...», p. 142, *Responsabilidad civil...*, p. 160 y «La segunda...», p. 121; PALMERINI, «Note...», p. 212; PICKER, *Wrongful life...*, p. 10 y STRASSER, *op. cit.*, p. 166).

¹⁵⁹. El debate entre la doctrina se inicia en Alemania hacia los años 60, junto con el surgimiento de las acciones de *wrongful conception* (HAUBERICH, *op. cit.*, p. 89). Este tipo de razonamientos es empleado fundamentalmente por los defensores de la llamada teoría de la unidad (que niega la posibilidad de distinguir entre el propio niño y los gastos que genera, como vía para considerar daño a los segundos y no al primero, logrando con ello una reparación). Para ellos, se parte de la base de que la estructura jurídicofamiliar del derecho de alimentos prohíbe una indemnización por daños. La cuestión también ha sido tratada entre la jurisprudencia, donde existen pronunciamientos tanto a favor de este argumento (OLG Bamberg de 6 de febrero de 1978), como en contra (sentencia del BGH 18 de marzo de 1980, que, de hecho, revoca la del OLG Bamberg). Ver este debate en OSTHEIDE (*op. cit.*, pp. 47-48), en donde no sólo se tratan las acciones de *wrongful conception*, sino también las de *wrongful birth*.

respecto de las que se dice que la concesión de indemnización a los progenitores de un daño patrimonial por los gastos de mantenimiento del niño supone relevarles de su deber de alimentos legalmente atribuido (artículo 143.2º Cc), que queda trasladado al responsable. Se imputa al profesional sanitario el coste generado por el niño, como si fuera su progenitor¹⁶⁰.

Con ello, el efecto de este traslado es doblemente pernicioso: por un lado, la responsabilidad civil se inmiscuye en el ámbito propio del derecho de familia¹⁶¹; por otro, se altera lo dispuesto por las normas sobre alimentos entre parientes, que tienen un carácter imperativo, y respecto de las que —como indica el artículo 1814 Cc— no cabe transacción alguna¹⁶². Por ello, este razonamiento aconseja el rechazo de responsabilidad a este tipo de problemas.

Ahora bien, este tipo de razonamiento es discutible, pues requiere que efectivamente sean indemnizados como daño patrimonial de los progenitores los gastos de alimentos del niño enfermo —lo cual ya es de por sí dudoso—; y requiere además aceptar que tal indemnización sea equivalente al cumplimiento de la obligación de alimentos y que a través de ella se exonere a los progenitores de dicha obligación. Sin embargo, ninguno de estos presupuestos puede ser aceptado en nuestro caso.

Por un lado, en las acciones de *wrongful birth* la mayoría de la doctrina opta, como veremos, por la indemnización únicamente de los gastos derivados de la condición enferma

¹⁶⁰ . Según recoge OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 163), se dice que los padres son responsables de la existencia del niño moral y jurídicamente y que esto no se altera porque la medicina moderna ofrezca a los médicos la posibilidad de influir sobre el nacimiento y de repartir con ello la causalidad por la creación de una vida humana. Esto no conduce automáticamente a que sea aceptable la exigencia de responsabilidad jurídica: los padres no pueden disponer sobre la obligación de alimentos que tienen frente al hijo. Tal argumento es sostenido, entre otros, por LANKERS (*op. cit.*, pp. 386 y 388).

Frente a ellos, alega COLLINS que existen situaciones en que el cuidado y el coste de un niño pueden ser trasladados a un sujeto distinto del padre biológico sin que con ello se contradiga principio alguno. En concreto, cuando resulte beneficioso para el niño, este objetivo valorado socialmente ha de primar sobre aquél otro que declara la responsabilidad de los progenitores por sus hijos (*op. cit.*, pp. 695-696).

¹⁶¹ . MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Anticoncepciones...», p. 12-13; «Sentencia...», pp. 1103-1104) destacan cómo la concesión de indemnización por los alimentos incide en la coherencia interna de los principios básicos sobre los que se asienta el derecho de familia. Se rompe el principio de solidaridad familiar (al permitir que los progenitores puedan reclamar al hijo alimentos cuando ellos mismos no sufragaron los de éste) y se quiebra la lógica interna del sistema. La contradicción con el derecho de familia es también señalada por GALLAGHER (*op. cit.*, p. 1330) o VON BAR (*The common european law of torts*, Volumen I, C.H.Beck, München 1998, p. 605).

¹⁶² . En este sentido, sostienen MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU en su estudio de las acciones de *wrongful conception* («Responsabilidad...», p. 1643): «aun cuando pudiera estarse de acuerdo con el hecho de que no se transfiere la obligación legal a un tercero, sino que en realidad se indemnizan cuantías equivalentes a los alimentos, el resultado práctico sigue aproximándose en gran manera a la transacción, supone introducir, de

del niño, por lo que no se corre el riesgo en que se apoya este argumento¹⁶³. Por otro lado, la indemnización del daño patrimonial y la obligación de alimentos son remedios distintos en su finalidad y objeto¹⁶⁴. Esto impide que la concesión de indemnización se pueda identificar con un ataque al derecho de familia o una alteración de las normas reguladoras del derecho de alimentos. Aunque los gastos derivados de la existencia del niño se tomen como referencia u orientación para fijar el monto de la indemnización, no se trata de suplir la una

algún modo, los alimentos en el tráfico, debilitando así aquellos aspectos que lo caracterizan legalmente»; idea que reiteran en «Anticoncepciones...», p. 12 y «Sentencia...», p. 1103.

¹⁶³. Con ello se busca en parte establecer una oposición con respecto de las acciones de *wrongful conception* en las que este tipo de gastos no existen, pues se parte del nacimiento de un niño sano.

Pero también pierde fuerza este argumento cuando la indemnización se valora conforme a criterios diferentes a los gastos generados por el niño, generales o especiales. Así opinan autores, como NOVELLINO, que establecen que la indemnización se ha de fijar conforme a la imposibilidad de los padres de gastar parte de sus ganancias en beneficio propio, según el modelo de vida que se habían imaginado tener, giro en el concepto que busca precisamente eludir esta argumentación de choque de la responsabilidad con el derecho de familia («La procreación...», pp. 210 y 229). Según MARTÍN CASALS (*op. cit.*, pp. 186-187), esta misma maniobra se realiza en las acciones de *wrongful conception* al conceder en ocasiones los tribunales la indemnización como «ayuda» al mantenimiento del niño; circunloquio que critica el citado autor, por estimar que en estos casos no existe un coste extraordinario que requiera tal ayuda.

¹⁶⁴. Esta diferencia, que es apreciada también por la doctrina extranjera (en concreto, por TEDESCHI, *op. cit.*, pp. 532-533), se constata cuando se comparan los elementos de ambas instituciones:

- Origen: conforme al artículo 148 Cc la obligación de alimentos surge por una situación de necesidad en la que se encuentra el alimentista (el niño, en este caso); la indemnización, por el contrario, se concede por el daño que experimentan los progenitores (los alimentantes, en todo caso).

- Contenido: la obligación de alimentos incluye el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como la educación e instrucción del menor de edad (artículo 142 Cc). Por el contrario, la indemnización puede valorar todos estos elementos o parte de ellos, según cuál sea el caso y puede incluir otras partidas, como las derivadas del daño moral, que sólo con dificultades se pueden integrar en el 142 Cc.

- Monto o cuantía: en el caso de los alimentos es variable, pudiendo adecuarse a las circunstancias conforme se producen (artículos 146, 147 y 152. 2º y 3º Cc); en el caso de la indemnización es en general inmutable (salvo que ésta se plantee como pensión o renta). Por tanto, aunque la situación familiar mejore en el futuro y aunque llegara a sanar el mal o defecto del niño, no se podría recuperar la indemnización ya pagada.

- Transmisibilidad: la obligación de alimentos es irrenunciable e intransmisible (artículo 151 Cc) y no puede ser objeto de transacción (artículo 1814 Cc); en cambio, la víctima del daño puede transmitir su acción *inter vivos* (con las excepciones ya vistas que se derivan del artículo 1112 Cc) y, desde luego, puede disponer libremente de la indemnización ya obtenida.

- Extinción o cese: la obligación de alimentos cesa con la muerte del obligado (artículo 150 Cc); pero no ocurre lo mismo con la responsabilidad civil, obligación que —integrada en el patrimonio del responsable—, se transmite a los herederos (ver respecto de esta transmisión DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «La transmisión *mortis causa* de la obligación de indemnizar por responsabilidad civil», en *Estudios de Responsabilidad civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Coordinados por R. de Ángel Yáguez y M. Yzquierdo Tolsada, Dykinson-Ciudad Argentina, Madrid 2001, pp. 15-45).

por los otros¹⁶⁵. Por tanto, como sostienen FURROW (*et al.*), el responsable no paga los alimentos, sino simplemente el resultado de su comportamiento negligente¹⁶⁶.

De hecho, la concesión de una indemnización a los progenitores sobre la base de los gastos ocasionados por el niño no les exonera de su deber de alimentos¹⁶⁷. Aunque, una vez integrada en su patrimonio, los progenitores puedan disponer como deseen de la indemnización que se les conceda como consecuencia del ejercicio de la acción de responsabilidad por *wrongful birth*, frente a la situación de necesidad de su hijo quedarán obligados frente a él y podrán ser demandados en petición de alimentos en caso de que no cumplan con tal deber. Tal reclamación no se dirigirá contra el profesional sanitario, pues no asume el papel de padre sustituto, aunque a veces se haya pretendido tal cosa, sino contra los progenitores, que son los legalmente obligados¹⁶⁸.

2.2.1.2. Vías alternativas de solución del conflicto

1. Complementando los anteriores argumentos, otra parte de los razonamientos que rechazan *a priori* la aplicación de la responsabilidad como vía de solución de la penosas circunstancias en que se encuentran los progenitores y el niño, se dirigen a la búsqueda de soluciones alternativas a través de las cuales acoger o tutelar suficientemente los intereses lesionados de los protagonistas de este tipo de acciones. Se parte, pues, de que el Ordenamiento posee otro tipo de instrumentos que pueden satisfacer las pretensiones de los damnificados en estos casos, sin necesidad de distorsionar los perfiles de la responsabilidad o de entrar en conflicto con las normas de derecho de familia.

2. En concreto, se señala que lo que debería hacerse en estos casos es conceder una ayuda a los padres o al niño a través de prestaciones públicas –subvenciones o pensiones–,

¹⁶⁵ . Como pone de relieve GARCÍA RUBIO, la remisión a los alimentos se realiza como parámetro que sirve de baremo indemnizatorio, no como intento de transmitir a un tercero tal carga (*op. cit.*, pp. 1219-1220); idea con la que coincide VICENTE DOMINGO (*Daños corporales...*, p. 111; «El daño...», p. 252) cuando declara que: «es esta obligación legal la que se tiene que medir para determinar la cuantía del daño».

¹⁶⁶ . *Op. cit.*, p. 921.

¹⁶⁷ . Así lo afirman HARRER (*op. cit.*, pp. 17 y 21), MERKEL (*op. cit.*, p. 17) y OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 48).

¹⁶⁸ . Esta misma idea se manifiesta en TEDESCHI (*op. cit.*, p. 532), cuando indica que consuela en cierta medida el hecho de que el niño tiene un derecho a ser mantenido por sus padres y por otros parientes, como añadido a los remedios al margen del derecho privado que el estado liberal de bienestar concede al necesitado; pero que estas consideraciones no justifican una solución negativa en el campo de la responsabilidad.

pues esto sería lo más adecuado para paliar su situación¹⁶⁹. De hecho, ésta parece ser la solución a la que definitivamente se ha llegado en Francia a través de la Ley 2002-303 de 4 de marzo (a la que posteriormente nos referiremos) cuando remite la compensación del niño nacido en condiciones enfermas a la *solidarité nationale* (artículo 1.I)¹⁷⁰; pero también es un mecanismo que ha sido sugerido en otros Ordenamientos¹⁷¹.

Sin perjuicio de que esta solución pudiera ser merecedora de apoyo como medida *de lege ferenda*, choca, por un lado, contra las corrientes privatizadoras y de economía de mercado de algunos países¹⁷² y, por otro lado, suscita la cuestión de qué hacer mientras que —como ocurre en la actualidad en nuestro país—, no estén previstas este tipo de pensiones o subvenciones en cuantía suficiente como para soportar de forma adecuada la carga de un

¹⁶⁹. Así lo apuntan diversos autores (entre ellos, PÉREZ-TENESSA, *op. cit.*, p. 61 o VICENTE DOMINGO, «El daño...», p. 254). En este sentido, destacan por su expresividad las palabras de MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Sentencia...», p. 1121): «el derecho de daños no debe suplir la función que los ordenamientos de nuestro entorno encomiendan a los servicios sociales públicos. Es el Estado social —y no el profesional sanitario— quien debe asumir la carga y los costes que derivan de la asistencia a personas discapacitadas».

Igualmente, esta opinión quedaba recogida por la STS de 4 de febrero de 1999, cuando establecía: «cierto que merece trato absolutamente generoso, o mejor justo y solidario, quien se ve afectado por tamaña tribulación, pero ello sólo puede paliarse cumpliendo la recomendación del Tribunal Constitucional, contenida en la sentencia citada [53/1985, de 11 de abril], de que la Administración del Estado trate de disminuir los efectos de estas situaciones [...] Y ello tanto respecto de las madres que no pudieron optar por la interrupción, como de aquellas que deciden proteger la vida de quien además llega a nacer».

¹⁷⁰. Ya anteriormente a esta norma se mostraba favorable a esta medida gran parte de la doctrina. Entre ellos hay que destacar a KAYSER («Un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sans fondement juridique?», *Recueil Dalloz-Sirey*, 2001 (24), pp. 1891-1892); LUCIANI («La notion de dommage a l'épreuve du handicap congénital», *Les Petites Affiches*, 1997 (77), p. 21); MEMETEAU («L'action de vie dommageable», *JCP*, 2000 (50), p. 2278); ROTH («Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden?», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994 (37), p. 2404) o SAINTE-ROSE (*op. cit.*, p. 320).

¹⁷¹. Es DICKENS (*op. cit.*, p. 95) quien pone de relieve cómo la existencia de un sistema de seguridad social en Gran Bretaña atenúa la necesidad de recurrir a las acciones aquí estudiadas, frente al caso estadounidense. De hecho, esta previsión del respaldo de la solidaridad social es lo que, en opinión de MARKESINIS y UNBERATH (*op. cit.*, p. 180), permite que las soluciones de los tribunales americanos y los alemanes no se distancien tanto. La previsión en el caso alemán de un sistema de seguridad social equilibra los resultados a los que se llega en este tipo de demandas de responsabilidad, frente a la aparente mayor generosidad de los tribunales estadounidenses, que han llegado a aceptar de forma expresa la indemnización por *wrongful life*.

Igualmente, en Alemania, señala WINTER («Leben als Schaden? Vom Ende eines französischen Sonderwegs», *Juristen Zeitung*, 2002 (7), p. 332) que si lo que preocupa es el bienestar del niño discapacitado, tal preocupación corresponde al Estado, que se ha de ocupar en general de los sujetos discapacitados a través de sus instituciones sociales. Sólo allí donde el sujeto hubiera causado directamente la discapacidad o enfermedad podrá hacersele responsable de la misma.

¹⁷². En este sentido, critica SHAPIRA esos argumentos, pues no son compatibles con los sistemas en que no se conoce este principio de solidaridad social («“Wrongful life” lawsuits for faulty genetic counselling: should the impaired newborn be entitled to sue?», *Journal of Medical Ethics*, 1998 (24), p. 371). Ante tal situación, afirma el autor que la única posibilidad que le queda al niño es la responsabilidad.

niño discapacitado¹⁷³. Esto supone que la remisión del problema al sistema de Seguridad Social (o a ayudas estatales en general) llevaría a que el daño fuera asumido prácticamente en su integridad por las víctimas, lo cual no es completamente justo cuando este daño proviene de una actuación negligente de otro sujeto¹⁷⁴.

Por otra parte, hay que plantearse hasta qué punto tal remisión es adecuada en el contexto de un caso en que se produce un daño que deriva del comportamiento de un determinado sujeto. En la medida en que se pudieran constatar los elementos requeridos por el Ordenamiento para apreciar la responsabilidad civil, no se ve el motivo por el cual habría de preferirse que fuera la colectividad la que, a través del sistema de Seguridad Social, asumiera el coste del daño, en vez del sujeto que conforme a las normas de responsabilidad puede ser hecho responsable del mismo¹⁷⁵. Ante la existencia de otras demandas de respon-

¹⁷³ . De hecho, la imposibilidad de acudir a este tipo de remedios en países como Estados Unidos es señalada por TEFF como una razón para rechazar estos argumentos, por su falta de utilidad práctica, pese a que admite su mayor conveniencia teórica (*op. cit.*, p. 436).

Por otra parte, hay que tener en cuenta que aunque se estimase suficiente la ayuda aportada a la familia o al niño que sufre de estos defectos o males, tal ayuda únicamente cubriría el aspecto económico del daño del niño, pero no el moral, por lo que tampoco aportaría una solución completa. Quizá por este motivo parece recomendar STÜRNER («Das Bundesverfassungsgericht und das frühe menschliche Leben – Schadensdogmatik als Ausformung humaner Rechtskultur?», *Juristen Zeitung*, 1998 (7), pp. 325-326) que se limiten las acciones de *wrongful birth* a aquello que no cubren los seguros públicos o privados.

¹⁷⁴ . En este sentido, explica PALMERINI («Note...», p. 213) que el fallo de la sentencia Perruche (*Cour de Cassation* de 17 de noviembre de 2000) se justifica en una carencia del estado asistencial. Según esta autora, es una sentencia de provocación (idea que reitera SONNENBERGER, «Ersatzansprüche trotz pränataler Schäden nach ärztlicher Fehldiagnose ausgetragener Kinder», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2001 (21), p. 1420). En la misma línea, según CHABAS («Note. Cour de Cassation 17 de novembre de 2000», *JCP*, 2000 (50), p. 2312), resuelve con el corazón, más que con el derecho; y, según MAZEAUD (*op. cit.*, pp. 332-333), se inscribe en una tendencia de divorcio entre la indemnización y la responsabilidad, pues no existía ni relación de causalidad ni daño (era el deseo de indemnizar lo que guió al tribunal). Ahora bien, si tal es realmente la situación, parece que habrá que recordar las palabras de BUSNELLI («Postilla. Cour de cassation. Assemblée plénière, 17.11.2000», *La Nuova Giurisprudenza Civile Comentata*, 2001 (2), p. 220) cuando señala que no es un ejemplo a seguir. Pero en realidad no se trata de una opinión unánime: tanto GAUTIER («“Les distances du juge”». À propos d’un débat éthique sur la responsabilité civile», *JCP*, 10 enero 2001 (nº2), I 287, p. 67), como KAYSER (*op. cit.*, p. 1892) o JOURDAIN («Réflexions sur un malentendu. Note Cour de Cassation, ass. plén. 17 nov. 2000», *Le Dalloz*, 2001 (4), p. 339) afirman que se trataba de una sentencia fundada en las condiciones de la responsabilidad.

En el ámbito estadounidense, FURROW (*et al.*) justifican la aceptación de las demandas de *wrongful birth*, *wrongful life* y *wrongful conception*, entre otras razones, sobre la base de que no se puede imponer a una familia el coste completo de las necesidades de los niños sobre los que se centran estas demandas, coste que si se puede extender a la comunidad («through malpractice litigation that cost can be spread over the entire medical community and, through that community, over virtually the entire population of patients –i.e., over all of society»; *op. cit.*, p. 912); afirmación que realiza también SHAPIRA cuando afirma que el daño se distribuye mejor entre la sociedad cuando se imputa al profesional sanitario (que se asegura contra ello) en vez de a la familia (*op. cit.*, p. 370) y que choca en Estados Unidos, donde no existe un sistema de seguridad social.

¹⁷⁵ . Esta misma idea parece apuntada por REINHART (*op. cit.*, p. 1086), cuando pone de relieve la enorme carga del Estado a través de la red de seguridad social y parece considerar más apropiado hacer responder al profesional sanitario, que se encuentra más próximo al daño.

sabilidad médica por otros daños no habría justificación para tal privilegio. Por ello, habrá que afirmar la preferencia de la responsabilidad si concurren sus elementos.

3. Como segunda vía alternativa, hay quienes sugieren que debería ser el legislador y no los tribunales quien se pronunciase respecto de estas cuestiones. Sólo éste puede realizar una valoración sobre los intereses en conflicto y definir de forma clara si los daños reclamados en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* son o no daños jurídicamente indemnizables¹⁷⁶. Es, en definitiva, el legislador el que ha de ponderar las consecuencias derivadas de adoptar una u otra medida¹⁷⁷.

Por otra parte, sólo el legislador puede establecer una atención suficiente para todos los niños que nacen bajo estas circunstancias –y no sólo para aquéllos cuyos padres interponen una reclamación de responsabilidad–, si es que se rechaza la vía de la responsabilidad como instrumento de solución del conflicto¹⁷⁸.

No obstante, este argumento se ve afectado por el mismo problema del anterior: su falta de utilidad práctica. Indudablemente el legislador tiene la última palabra en estas cuestiones, pero en tanto no se pronuncie, el deber de los tribunales es resolver los casos que se les plantean aplicando el derecho positivo. Por tanto, no pueden rechazar el conocimiento de un asunto en espera de una decisión legislativa que no se sabe si se producirá.

¹⁷⁶ . Tales son las conclusiones de diversos autores, que realizan llamadas al legislador para que se pronuncie sobre el tema y dirima de forma definitiva la cuestión. Entre ellos, LAUFS («Schädliche Geburten – und kein Ende», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1998 (12), p. 798); MÉMETEAU (*op. cit.*, p. 2280); TAUB (*op. cit.*, p. 214); TEDESCHI (*op. cit.*, pp. 532 y 536); TEFF (*op. cit.*, pp. 437-438) o WEBBER (*op. cit.*, pp. 11 y 12).

Como veremos posteriormente, el legislador se ha pronunciado, de hecho, en algunos países (como Francia y ciertos estados de Estados Unidos) para resolver la cuestión de la aplicación de la responsabilidad a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*.

¹⁷⁷ . Otra opción para encontrar una solución definitiva sería una interpretación constitucional de la estas acciones por parte del Tribunal Constitucional –si se presentase la ocasión–, que declarase su conformidad o contrariedad con la Constitución. Tal intervención es difícilmente imaginable fuera de un recurso de amparo, por lesión de los derechos fundamentales (artículo 161.1.b) CE). Si bien la intervención del Tribunal Constitucional es también posible en relación a recurso de inconstitucionalidad (artículo 161.1.a) CE) y cuestión de inconstitucionalidad (artículo 163 CE), tal actuación no es previsible, a falta de norma en que se regulen estas acciones, salvo que se pretendiese respecto de los artículos relativos a la responsabilidad en el Código civil, sobre la base de que determinadas interpretaciones del daño resultaban contrarias a la Constitución. Otra cosa sería si se promulgase alguna ley al respecto; pero tampoco es previsible a corto plazo.

¹⁷⁸ . De hecho, hay que señalar que aunque a través de la intervención del legislador se acabe con las demandas por *wrongful birth*, por *wrongful life*, o por ambas, tales leyes no serán satisfactorias, desde el punto de vista del estado asistencial, si no se acompañan de medidas de protección y asistencia de la vida discapacitada. De hecho, de *lege ferenda*, lo más adecuado sería que la norma que negase la acción de responsabilidad por *wrongful life* para el niño estableciera al mismo tiempo la concesión de las ayudas o subsidios necesarios para paliar su situación. Así, cualquier regulación sobre estas acciones deberá tener en cuenta medidas complementarias de subsidio o atención del niño, pues, de lo contrario, solucionará el problema sólo a medias.

2.2.2. La dificultad de ceñir la argumentación a una perspectiva jurídica

1. La relación de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* con la vida y su valor lleva, como ya se ha señalado, a una notable influencia en su estudio de cuestiones ideológicas, morales o éticas.

2. Por un lado, existe un importante componente ético o sentimental que decide en muchas ocasiones al jurista hacia la afirmación o la negación de la responsabilidad y a soluciones carentes de rigor jurídico, pues no atienden tanto a los principios y valores reconocidos e integrados en el Ordenamiento, como a las propias convicciones personales¹⁷⁹. A favor del reconocimiento de estas demandas juegan criterios de justicia material, que requieren la satisfacción de los que se han visto perjudicados por un comportamiento negligente¹⁸⁰; en contra juegan convicciones éticas y religiosas que resaltan por encima de todo el valor de la vida y la imposibilidad de calificarla como daño¹⁸¹. Todos ellos aportan una visión extrajurídica a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* poco acorde a una cuestión que pretende ser resuelta conforme a derecho positivo. Si bien las propias convic-

¹⁷⁹ . De hecho, este mismo problema se aprecia en otras materias relacionadas con el comienzo de la vida, como es el caso de la procreación artificial (ver ROCA TRÍAS, «La incidencia...», pp. 21-22, que aconseja el alejamiento de sentimientos personales, religiosos o morales).

Según BUSTOS PUECHE (*op. cit.*, p. 1700), «La particular ideología del juez, al poner una sentencia, de un profesor al explicar una lección, o de un legislador al elaborar una ley, desempeña un papel relevante y que puede ser determinante, si la materia objeto de la sentencia no es de naturaleza estrictamente técnica sino que, además, está entreverada de sustancia moral, ético o política». La misma idea se encuentra presente entre ciertos autores extranjeros, como el francés FINEL (*op. cit.*, pp. 225 y 238), o el italiano DASSIO (*op. cit.*, p. 115). Entre los anglosajones, destaca especialmente la opinión de CAPRON (*op. cit.*, p. 650: «courts are not announcing purely rational conclusions [...] but are instead proclaiming their personal views on certain value-laden "facts"»).

¹⁸⁰ . De hecho, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ («La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», *La ley*, 1998 (3), D-168, p. 1701) —y, siguiéndola, GALÁN CORTÉS («La acción...», p. 12)— plantean la posibilidad de incluir este tipo de sentencias dentro de lo que DíEZ-PICAZO («La justicia...», pp. 207) denomina «sentencia justiciera»; esto es, en la que el juez cree que lo que la sociedad le pide y aquello que debe hacer es justicia antes y por encima de aplicar las leyes y el derecho.

Tal proceder, de hecho, no es nuevo en el campo jurídico. Según indica el propio DíEZ-PICAZO (*Daños...*, p. 262): «la mayor parte de los razonamientos jurídicos de las sentencias [...] se encuentran en función de la respuesta que el Tribunal va a dar tras enjuiciar el caso y situarlo en un punto que lo considera justo» (idea que también manifestaba en «La justicia...», p. 212: «muchas veces ocurre al revés y el llamado "proceso lógico-deductivo" es más bien una superestructura montada para cubrir lo que se ha decidido en función de la precomprensión, o, si se quiere decir de otra manera, "anclar" la decisión previamente tomada en el ordenamiento jurídico»).

¹⁸¹ . Como ejemplo de autores cuyas creencias religiosas se hacen expresas, hay que citar a LYSAUGHT (*op. cit.*, p. 11) y WEBBER (*op. cit.*, p. 12). La primera autora, de hecho, acude como solución de los problemas de *wrongful life* a una determinada ideología. En concreto, alaba la labor de un grupo (*the communities of L'Arche*) que se ocupa de atender a discapacitados bajo la creencia de su valía como personas.

ciones pueden mover al jurista a buscar la solución en un sentido u otro, ahí donde la ley se impone la propia ideología debe someterse¹⁸².

3. Por otro lado, un análisis cuidadoso muestra que gran parte de los argumentos generalmente alegados para negar o afirmar la responsabilidad no son jurídicos, sino más propios de política legislativa. Se enmascara, en definitiva, una determinada ideología bajo la apariencia de un razonamiento jurídico¹⁸³.

Dichos argumentos no son aceptables en el marco jurídico. Si se cuestiona la aplicación de una institución jurídica, como es la responsabilidad, deberán ser razones de derecho las que muevan hacia una u otra respuesta¹⁸⁴. Los argumentos ideológicos o morales no pueden servir de base para aceptar o rechazar la aplicación de la responsabilidad (salvo que, como se ha dicho, se hayan integrado en el Ordenamiento en forma de principios o valores

¹⁸² . La obligación de los tribunales de someterse a la ley es destacada por BAÑEGUIL ESPINOSA y SALVADOR CRESPO («Los daños morales y su valoración en la responsabilidad médica», *Actualidad Civil*, 1997 (nº7), VII, p. 162). Por su parte, Díez-PICAZO («La justicia...», pp. 206 y 217), aunque se refiere también a la vinculación del juez a la ley y al Derecho recuerda así mismo la función del artículo 1.7 Cc [por el cual la propia actuación judicial puede constituir derecho], así como el hecho de que el juez a su vez controle el ordenamiento. Igualmente, destaca la dificultad de controlar este sometimiento, dado el control que tienen los tribunales en relación a la apreciación de la prueba: «la norma se aplicará de un modo distinto o se dejará de aplicar si el relato que se construye a través de la apreciación de la prueba es uno u otro» (pp. 217-218).

Pese a estas dificultades, el principio ha de ser que el juez debe evitar juicios de valor fuera de la cuestión sometida a litigio, como señala GAUTIER (*op. cit.*, p. 68). Únicamente deberá atender a los juicios de valor que hayan sido asumidos por el sistema jurídico. En este sentido, señala MIQUEL GONZÁLEZ («Cláusulas...», p. 316) que la vinculación del juez no es a la ley entendida de forma rígida o en una sola dimensión, sino entendida como un todo dotado de sentido dentro de su propio contexto, del Ordenamiento jurídico en su conjunto y del sistema social al que se debe y para el que se han establecido sus previsiones.

¹⁸³ . Tal proceder ha sido generalmente denunciado por los autores anglosajones en relación a los argumentos de *public policy*, tenidos muy en cuenta por los tribunales ya desde las primeras demandas de *dissatisfied* o *dissadvantaged life* a la hora de estudiar este tipo de casos (ver, por ejemplo, *Gleitman v. Cosgrove*, *Turpin v. Sortini* y *McKay v. Essex AHA*). Ya desde un principio señalaba TEFF (*op. cit.*, p. 431): «The courts' relative willingness to price this benefit in the "wrongful birth" context serves only to reinforce the suspicion that, when the "logical impossibility" of determining damages for "wrongful life" is invoked, it masks covert policy considerations»; pero la idea ha sido continuada y desarrollada por otra serie de autores, como KELLY (*op. cit.*, pp. 516, 527-532, 570 y 590: «when tort law responds, it should respond in a principled way, with measures that reform tort principles generally, not decisions that exclude one class of victims from the opportunity to recover under tort rules of allegedly general application»); PETERS y PETERS (*op. cit.*, pp. 861-862) y WEIR («Wrongful life – Nipped in the bud», *The Cambridge Law Journal*, 1982, p. 227).

En todo caso, el apoyo a los argumentos de *public policy* en derecho anglosajón no es unánime. Como señala SYMMONS, uno de los primeros problemas a los que se enfrentan es el de su posible aplicación por los tribunales (*justiciability*), a lo cual se une la dificultad de establecer en qué consisten y cómo han de determinarse (*op. cit.*, pp. 277-278). El autor estudia los argumentos de *public policy* generalmente alegados y concluye que son muchos y muy discutidos (pp. 305-306), hasta el punto de que existen tanto a favor como en contra, dentro de un mismo tema incluso, lo que hace que los tribunales deban apreciar el valor de cada uno (o apreciarlos en su conjunto a favor y en contra). Por ello, según D'ANGELO (*op. cit.*, pp. 159-160), ya no se recurre a argumentos de *public policy*, que son variables y discutibles.

constitucionales)¹⁸⁵. Pero no sólo esto, sino que no es labor del aplicador del derecho pronunciarse sobre ellos¹⁸⁶.

4. Como ejemplos de este tipo de argumentos no jurídicos hay que señalar unos cuantos que han sido frecuentemente aludidos por doctrina y jurisprudencia, nacional y extranjera, que los presentaban generalmente como argumentos de corte jurídico o de derecho positivo. Aunque cada uno de ellos tiene opositores, no es sólo esto lo que lleva a rechazarlos en su conjunto, sino el hecho de su falta de juridicidad.

2.2.2.1. Argumentos en contra de este tipo de acciones

2.2.2.1.1. La causación de un trauma al niño y la lesión de su dignidad como persona

1. Conforme a este argumento, se debe rechazar la acción de *wrongful birth* por el impacto negativo que su aceptación puede producir en el niño cuando cobre conciencia de que sus progenitores reclamaron responsabilidad por el hecho de su nacimiento¹⁸⁷. La interposición de una demanda y la concesión de una indemnización por el daño ocasionado por su nacimiento indica al niño que no había sido deseado —era una mera carga—, lo que le impacta drásticamente¹⁸⁸. Junto a ello, la idea de que su existencia se valoró como un daño, afecta a su esfera más íntima, contribuyendo al trauma o la depresión del niño enfermo¹⁸⁹.

¹⁸⁴ . En este mismo sentido, DEUTSCH («Anmerkung BGH Urteil von 18.1.1983», *Juristen Zeitung*, 1983 (11/12), p. 451) rechaza este tipo de argumentos que veremos a continuación; y REINHART (*op. cit.*, p. 1081) afirma que se ha de contemplar el problema desde un punto de vista jurídico que se aleje de aspectos éticos.

¹⁸⁵ . Como señalan MARKESINIS y UNBERATH (*op. cit.*, p. 182), estos argumentos son fuertes, pero no son concluyentes. De hecho, aventuran los autores la hipótesis de que se acuda a ellos por el hecho de que los tribunales y la opinión pública no estén todavía preparados para enfrentarse a estos problemas: «could it be that at present the courts (and public opinion) are not (yet?) ready to cope with this problem and are merely grasping at any argument or concept that is available?». En el mismo sentido, BERENSON (*op. cit.*, pp. 915-916) y MARKESINIS y DEAKIN (*op. cit.* 57).

¹⁸⁶ . LAUFS («Schädliche...», p. 798).

¹⁸⁷ . Aunque este argumento, empleado generalmente entre la doctrina alemana y anglosajona, surge en torno a las acciones de *wrongful conception* —donde es estudiado por FURROW, *et al.* (*op. cit.*, p. 920) o KELLEY (*op. cit.*, p. 947) y donde ha llevado, según CAPRON (*op. cit.*, p. 632 nota 48), a que algunos sugieran cambiar el término de «no deseado» por el de «no planeado»—, también puede aplicarse a las acciones de *wrongful birth*, pues el riesgo de un trauma para el niño es el mismo (la reclamación de los padres surge igualmente del hecho del nacimiento del niño). Así, por ejemplo, OSTHEIDE estudia este argumento en el caso de niños sanos y en el de niños enfermos (*op. cit.*, pp. 55-57).

¹⁸⁸ . Así, LANKERS (*op. cit.*, p. 388); PICKER («Wrongful birth...», p. 524) y WEBBER (*op. cit.*, p. 11).

¹⁸⁹ . En este sentido, es PICKER quien señala la afección de la esfera íntima de la persona a través de su comercialización («Wrongful birth...», p. 525). Opina el autor que tal creencia somete incluso los sentimientos humanos más elementales al cálculo económico, de manera que incluso las esferas personales más íntimas quedan abiertas a una comercialización. Igualmente afirma (en *Wrongful life...*, p. 31) que la teoría de la distin-

2. El primer problema que plantea tal argumento es que la existencia o no de un trauma futuro del niño es una mera especulación. No se puede afirmar con certeza que el niño vaya a conocer de la demanda que se entabló en su nombre ni que ello le vaya afectar. La respuesta a tal cuestión, en su caso, la deberá dar un psicólogo, no un jurista¹⁹⁰.

Desde el punto de vista jurídico, de hecho, la propia existencia de las acciones de *wrongful life* contradice en cierto modo la posibilidad de dicho trauma, pues demuestra que el propio afectado puede reclamar por el hecho de haber nacido; pero esto tampoco excluye por completo la posibilidad de un trauma: simplemente no se sabe y, por ello, no se puede adoptar tal argumento como definitivo¹⁹¹.

3. De hecho, no han faltado voces contrarias a estos argumentos, aunque no siempre han empleado razonamientos jurídicos para contestarlos. Así, por ejemplo, alegar como hace OSTHEIDE que el impacto se puede producir con o sin demanda, que el riesgo de trauma queda reducido cuando la indemnización se fija en un pago único, que el niño no se sentirá marginado en la familia (ya que lo normal es que los padres quieran a sus hijos), que la indemnización favorece, de hecho, su aceptación o que la enfermedad o la discapacidad impedirá en todo caso que el niño perciba el rechazo de los progenitores, es incurrir en el mismo tipo de especulación en que cae el argumento que se pretende criticar y, por tanto, no ofrece tampoco una respuesta jurídica convincente o definitiva¹⁹².

ción entre el nacimiento y el daño colisiona con el derecho constitucional, en tanto que éste establece que cualquier relativización de la vida humana lesiona el valor fundamental de la dignidad de la persona.

Frente a esto, señala OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 168) que no se trata de valorar o desvalorar la vida del niño, sino su inicial falta de planificación. Esto no lesiona la dignidad de la persona pues el hecho de «no ser deseado» no contiene una tara jurídica o de hecho en relación a la persona como tal, de manera que el reconocimiento de daños no convierte al niño en objeto.

¹⁹⁰. Así lo afirma BOIN («Unterhaltsbelastung für ein Kind als Schaden – Eine unendliche Geschichte?», *Juristische Arbeitsblätter*, 1995 (5), p. 427), que se refiere a que se trata de una hipótesis (a pesar de que posteriormente cae ella en la misma especulación que critica de partida).

Si se entrase en ese nivel de debate, haciendo el mismo juego que los que sostienen esta teoría, se podría discutir como dudosa la posibilidad de un trauma. El fallo de los métodos anticonceptivos provoca frecuentemente nacimientos indeseados. Tal circunstancia es a menudo conocida por el niño no deseado, sin que haya trascendido al público en general la constancia de traumas sufridos por tales personas (argumento que se recoge también en FURROW, *et al.*, *op. cit.*, p. 921). En todo caso, como estas opiniones pueden ser criticadas igualmente como especulaciones, no vamos a cometer el error de basar en ellas el rechazo del argumento aquí mencionado; baste con dejarlas apuntadas para los sustentadores de las opiniones mencionadas.

¹⁹¹. Así lo señala también CAPRON (*op. cit.*, p. 632 nota 48), que recoge la doctrina que ha caracterizado este argumento como «“highly speculative” and not a basis for denying recovery».

¹⁹². *Op. cit.*, pp. 56-58 (e igualmente, BOIN, *op. cit.*, p. 427; HARRER, *op. cit.*, p. 23 o FISCHER, *op. cit.*, p. 437). Otros argumentos del mismo estilo son el que sostiene DICKENS (*op. cit.*, p. 88), que niega el trauma desde el momento en que el niño ha de darse cuenta de que los progenitores decidieron criarlo, en vez de abortar o darle en adopción; o el de GIESEN («Schadenbegriff und Menschenwürde. Zur schadenrechtlichen

Más convincente, en cambio, es el argumento al que alude TEFF, que tras criticar como mera especulación este tipo de argumentos, indica que, en realidad, cualquier hipotética sensación de rechazo que experimente el niño provendrá más bien de la conducta hacia él de sus padres, no del conocimiento de la interposición en sus primeros años de una reclamación de responsabilidad¹⁹³.

4. Por otra parte, lo que ha de plantearse desde un punto de vista jurídico es si el Ordenamiento valora y protege un interés del niño a no saber que sus progenitores reclamaron una indemnización por su causa, así como de qué forma lo protege.

En este sentido, se puede afirmar este interés como protegido en la medida en que se contempla por el legislador la posibilidad de establecer en el proceso un secreto de las actuaciones judiciales (artículo 138.2 LECiv 1/2000) en interés de los menores, secreto que se puede interpretar aplicable cuando se plantee una demanda de *wrongful birth*. Ahora bien, esta protección no excluye la reclamación, ya que la protección se realiza a través del secreto de las actuaciones judiciales, no a través de la negación de la pretensión ejercitada por los progenitores.

2.2.2.1.2. La pureza de la raza

1. En ocasiones, se argumenta para rechazar estas demandas –fundamentalmente, las de *wrongful life*¹⁹⁴–, que la concesión de una indemnización como consecuencia del nacimiento de un niño aquejado de graves defectos o enfermedades implica un cierto matiz de desprecio hacia la situación de discapacitados que trae reminiscencias de las teorías fascistas, hitlerianas y orwellianas de pureza de la raza. Frente a ello, juristas y no juristas ma-

Qualifikation der Unterhaltspflicht für ein ungewolltes Kind», *Juristen Zeitung*, 1994 (6), p. 292), que niega el trauma porque el daño no se centra en la vida del niño y porque en todo caso éste se dará cuenta de que de lo que se trataba era de un problema económico de sus progenitores, que buscaban hacer frente al cuidado que él precisaba (argumento con el que coinciden STRASSER, *op. cit.*, p. 195 y el caso *Thake v. Maurice*).

¹⁹³. *Op. cit.*, p. 438: «Any feelings of rejection he might experience are more likely to stem from being deprived in fact of security and affection in his early years, a prospect as, if not more, likely in the absence of compensation. And here too we enter the realms of self-fulfilling prophecy [...]». Tal opinión es también expresada por HARRER (*op. cit.*, pp. 23-24) o MERTENS (*op. cit.*, p. 256), así como por la sentencia del BVerfG de 12 de noviembre de 1997 y por la del *Hoge Raad* holandés de 21 de febrero de 1997.

¹⁹⁴. En relación a las demandas de *wrongful birth*, el argumento casi no ha sido empleado. Como excepción a ello, JACKSON pone de relieve cómo la concesión a los progenitores de una indemnización sobre la base de la existencia discapacitada de su hijo implica una valoración negativa de la discapacidad («Action...», pp. 607-610): «there can be no greater insult to these individuals than to allow other members of society to come to court and walk away with compensatory damages for the “injury” they sustained in giving birth to one who they view as less “valuable” than themselves».

nifiestan el miedo a que tras la concesión de la indemnización se encierre un ideario de eugenesia social que valore únicamente la vida sana, como la vida que merece la pena ser vivida, situando a las personas deficientes como ciudadanos de segunda categoría¹⁹⁵.

Un ejemplo paradigmático se encuentra en las protestas que se produjeron en Francia tras el fallo de la sentencia de la *Cour de Cassation* de 28 de noviembre de 2001, en el que se concedía indemnización a un niño nacido con síndrome de Down, cuya madre no había sido advertida de la posible malformación del feto¹⁹⁶. Pero estos mismos argumentos se han sostenido por juristas de ése y otros países, incluido España¹⁹⁷.

¹⁹⁵ . Afirmo al respecto ALLOITEAU («L'arrêt "C.H.R. de Nice": l'indemnisation du préjudice lié à un défaut d'information médicale (Conseil d'Etat, 14 février 1997)», *Les Petites Affiches*, 1997 (64), p. 32), que no está muy lejano de la indemnización al niño una política de selección. Según DEGUERGUE (*op. cit.*, p. 20), en estos casos lo que se indemniza es la propia vida, posición que parece muy peligrosa, tanto ética, como jurídicamente, pues —entre otros motivos— lleva a minusvalorar la vida del niño discapacitado. Finalmente, PECRESSE («Le préjudice résultant de la naissance d'un enfant trisomique (Conseil d'Etat, Section, 14 février 1997)», *Revue Française de Droit Administratif*, 1997 (1-3), p. 379) aconseja rechazar estas acciones puesto que afirmarlas: «serait juger qu'il existe des vies qui ne valent pas d'être vécues et imposer à la mère une sorte d'obligation de recourir, en cas de diagnostic alarmant à une interruption de grossesse». Entre los autores alemanes, destaca WEBER (*op. cit.*, pp. 54-56), que afirma que el reconocimiento de un daño frente al niño trae de nuevo a la mente los horrores de la época nazi y, con ello, un riesgo que no ha de ser repetido.

¹⁹⁶ . Según se relata en el diario *El País* del jueves 29 de noviembre de 2001, p. 64 (contraportada), «el Colectivo contra la Fobia a los Minusválidos, que agrupa a unos 200 padres, acudió velozmente ayer al Palacio de Justicia para exigir una entrevista con el presidente del Tribunal. Éste no les recibió y las decenas de chavales minusválidos de corta edad, llevados por los adultos, tuvieron que sostener pancartas en las que se leían cosas como "Objetivo, minusválido" durante los minutos que duró la filmación de las cámaras de televisión y las fotos de los periodistas gráficos. "Algunos magistrados del tribunal de casación estiman que vale más estar muerto que vivir minusválido", explicaba uno de los portavoces del colectivo, mientras sus abogados demandaban al Estado por "una grave falta del servicio público de la justicia" a causa de estas sentencias». En palabras de VINEY («Brèves...», p. 65), se trata de: «une décision ressentie comme un affront par ceux-là mêmes auxquels elle a cherché à venir en aide». Los padres de los niños discapacitados interpretaron esta sentencia un inicio de la presión social que incite a la práctica del aborto.

¹⁹⁷ . La lista en este caso es muy larga, por lo que trataremos de señalar los ejemplos más destacados. Comenzando por nuestra doctrina es principalmente Díez-PICAZO GIMÉNEZ (*op. cit.*, p. 1708, nota final 6), quien destaca este tipo de actitudes contrarias a las personas discapacitadas implícitas en este tipo de acciones, atrayendo la atención del lector hacia el lenguaje empleado por la STS de 6 de junio de 1997. Indica la autora, en concreto, que «de las expresiones utilizadas en esta sentencia parece entreverse una cierta aversión del ponente a la posibilidad siquiera remota de traer a este mundo a personas que no gocen y posean ciertas características genéticas».

Por lo que respecta al derecho comparado, en Estados Unidos se expresa la preocupación hacia pretensiones de reparación por «less than perfect births» (ver al respecto, TEFF, *op. cit.*, pp. 427 nota 27 o WEBBER, *op. cit.*, p. 11). En concreto, BOPP, BOSTROM y MCKINNEY (*op. cit.*, pp. 493-496, 505, 512 y 515) son paradigmas de los autores que denuncian cómo estas acciones estigmatizan a las personas discapacitadas, al indicar que su vida vale menos. De hecho, llegan a sostener que la admisión de este tipo de acciones es contraria a las políticas de protección de los discapacitados (temor que recoge también GALLAGHER, *op. cit.*, pp. 1326 y 1330).

En el caso de Francia, se destaca frecuentemente que, aunque guiados por la mejor intención, el reconocimiento de una responsabilidad en estos casos abre la puerta a la selección de la raza y a la consideración de que ciertas vidas no merecen la pena ser vividas (AYNÈS, *op. cit.*, p. 496 y SAINTE-ROSE, *op. cit.*, p. 318). Destaca en especial MÉMETEAU (*op. cit.*, p. 2279), que habla de una futura eugenesia por compasión, así co-

2. En realidad, lo que aquí se expone es una muestra clara de argumento puramente ideológico, de corte radical, que manipula el razonamiento jurídico a fin de atraer la atención sobre la situación de estos colectivos¹⁹⁸. Lo cierto es que generalmente se trata de eludir en este tipo de demandas cualquier desvalor frente a la vida discapacitada. Conscientes de las implicaciones éticas y morales que tal calificación conlleva y del rechazo de la eugenesia como un interés protegido actualmente por los Ordenamientos, se trata en general de buscar, como veremos, otras vías para conceder la indemnización. En concreto, se busca establecer el daño en otros eventos que concurren en el supuesto de hecho de estas acciones, alejados de la valoración de la vida del niño nacido en condiciones desventajosas.

No obstante, hay que admitir que dicha operación sólo tiene éxito generalmente respecto de las acciones de *wrongful birth* y que, por otra parte, siempre late detrás la conciencia de la vida discapacitada o enferma del niño como presupuesto de la reclamación. Por ello, es mejor acudir a otro tipo de argumentos para rechazar el aquí planteado. En este sentido se pueden citar dos tipos de razonamientos.

3. En primer lugar, algunos autores aluden a la idea de que conceder indemnización por el defecto o la malformación que sufre el niño no supone denigrarlo, sino más bien lo contrario¹⁹⁹. Esta línea argumental es más acertada: precisamente porque se valora la vida,

mo SONNENBERGER (*op. cit.*, p. 1418), que afirma que con este tipo de resoluciones se convierte al médico en garante de un nacimiento sano, lo que le convierte en el organismo para una eugenesia preventiva.

Finalmente, en Alemania, GIESEN (*International...*, p. 89) manifiesta que el rechazo de estas acciones se debe en muchas ocasiones a que parece que con ello se niega la protección a una vida menos que perfecta.

¹⁹⁸. De hecho, SARGÓS (*op. cit.*, p. 2301) los califica de demagógicos, ya que la idea de eugenesia implica una dimensión colectiva que difícilmente se alcanzará en estos casos (idea que subraya igualmente MAZEAUD, «Réflexions...», p. 336 o WINTER, *op. cit.*, p. 335), ya que el aborto no se establece como obligatorio y ya que son poco frecuentes en Francia los abortos por motivo embriopático. Por su parte, JOURDAIN («Réflexions...», p. 338) encuentra tales argumentos sin fundamento.

Por otra parte, estos argumentos se pueden encontrar empleados también en el sentido opuesto. Como sostiene Malherbe (según recoge EMALDI CIRIÓN, «La responsabilidad...», p. 1605 y nota final 22; *El consejo...*, pp. 241-242 y nota 398): «¿tenemos el derecho a dejar vivir mártires en nombre del respeto al ser minusválido?, ¿tenemos el derecho a hacer mártires en nombre del respeto a la vida?, ¿tenemos, en algunos casos, el derecho de sacrificar por nuestra felicidad el respeto a la vida humana disminuida?, ¿tenemos el deber absoluto de sacrificar nuestra felicidad, es decir, al respeto absoluto de la vida humana?».

¹⁹⁹. Así, por ejemplo, dice TEFF: «Permitting a remedy does not imply a cynical disregard for the preciousness of human existence. It is precisely the recognition of the value of life and the laudable reluctance to stigmatise it when impaired, that should enable "wrongful life" litigation to be kept within socially acceptable limits» (*op. cit.*, pp. 440-441). El autor incluso insinúa que la reparación es fruto de una cierta solidaridad social: «it is no longer commonly maintained that we devalue the handicapped, once born, by providing them with social benefits, or that such expenditure encourages societal intolerance of them. On the contrary, such provision is properly seen as one of the hallmarks of a compassionate society» (p. 438). Y entre los autores franceses, se plantea SARGÓS (*op. cit.*, p. 2302): «Où est le véritable respect de la personne humaine et de la vie: dans le refus abstrait de toute indemnization, ou au contraire dans son admissioin qui permettra l'enfant

las actuaciones que inciden sobre ella, o sobre la salud, deben ser valoradas negativamente, lo cual lleva a la reparación. Prueba de ello es la concesión de indemnización por cualquier lesión que sufre una persona en vida, siempre que sea imputable a otro sujeto.

4. En segundo lugar, otros alegan que en estas demandas no se trata de poner en cuestión el valor de la vida de los discapacitados, al igual que en una demanda de responsabilidad por lesiones físicas o psíquicas no se encuentra implícito un desvalor respecto de las personas que sufren tales enfermedades o defectos²⁰⁰. Por el contrario, se persigue lo mismo que en cualquier otra acción de responsabilidad: obtener una indemnización²⁰¹.

El hecho de que en este caso la enfermedad o defecto se produzca desde el momento del nacimiento no es tampoco un argumento que se pueda esgrimir para justificar por qué en general no se considera un desvalor indemnizar las lesiones físicas o psíquicas y sí existe tal opinión negativa cuando se trata de las acciones de *wrongful life*. No en vano, como ya se vio, se acepta la indemnización de las lesiones preconceptivas y prenatales cuando son causadas por un agente físico.

5. En tercer lugar, se sostiene que cualquier giro hacia una eugenesia social –más que discutible– provendría, en su caso, más bien de la regulación del aborto (admitido en

de vivre, au moins matériellement, dans des conditions plus conformes à la dignité humaine sans être abandonné aux aléas d'aides familiales, privées ou publiques?». Otros autores en esta misma línea son GOLD (*op. cit.*, p. 1039); JACKSON («Action...», pp. 578-580 y 611 y «Wrongful...», p. 365); JOURDAIN («Réflexions...», p. 338) o SHAPIRA (*op. cit.*, p. 372).

²⁰⁰ . Conceder indemnización por causar ceguera o sordera a una persona, o por privarle del uso de sus extremidades superiores o inferiores no supone despreciar a los ciegos, los sordos o los discapacitados. Supone valorar la vida en su plenitud. La vida afectada por tales deficiencias es, sin duda, digna de ser vivida; pero ello no oculta que se trata de situaciones que generan mayores dificultades al que las padece (gastos económicos, dificultades de movilidad...) y por esas dificultades se reclama indemnización (así se deduce igualmente de JOURDAIN, «Réflexions...», p. 338). Como pone de relieve KELLY (*op. cit.*, p. 509 nota 21): «while society rightly insists that persons suffering from handicaps possess equal dignity and humanity, to date society has not expressed a preference that encourages the birth of children with genetic defects more strongly than the birth of healthy children».

²⁰¹ . En este sentido se pronuncian FURROW (*op. cit.*, p. 104); JACKSON («Action...», pp. 578-580 y 611) y KELLY (*op. cit.*, p. 536). Precisamente la tesis que apoya el argumento aquí criticado si parece definir a los discapacitados por su defecto, en vez de como personas. Efectivamente, cuando se sostiene que la reparación de la discapacidad supone un desprecio por este tipo de vida, implícitamente se sostiene que también hay un desprecio por la persona del discapacitado, como si fuera la discapacidad lo que le define como tal. No es así: el discapacitado es un ser humano pleno, afectado de una dolencia que le dificulta el desarrollo de su vida pero no su desarrollo como persona. La indemnización por la discapacidad tiende a facilitar o reparar ese defecto que atañe al desarrollo de la vida, pero no a su esencia como persona.

general en los ordenamientos) y no de las acciones de *wrongful birth* o *wrongful life*²⁰². Por ello, es demagógico pretender en este caso evitar una medida legalmente establecida²⁰³.

2.2.2.1.3. Control de las consecuencias derivadas de la aceptación o del rechazo de estas acciones

1. Los argumentos apoyados en la consideración de las consecuencias que conllevaría la aceptación de la responsabilidad en estos casos se emplean tanto para las acciones de *wrongful birth*, como para las de *wrongful life*, de acuerdo con dos variantes distintas. En ambos casos, se trata de argumentos que toman en consideración para resolver la cuestión jurídica planteada consideraciones de política legislativa que no corresponde hacerlas al aplicador del derecho, sino al legislador. Por ello, estos argumentos han de ser rechazados.

2. Conforme a la primera variante, se sostiene que la paulatina aceptación de estas acciones repercutirá negativamente sobre la profesión médica, pues los profesionales sanitarios, ante el temor de verse involucrados como responsables por todo nacimiento de una criatura discapacitada o enferma, tenderán a la práctica de una medicina defensiva. Se teme, pues, no sólo un progresivo abandono de la especialidad de obstetricia sino, sobre todo, que cuando exista la mínima duda sobre una posible afección que pueda sufrir un futuro descendiente los médicos aconsejen el aborto²⁰⁴ y trasladen con ello la carga de la decisión a

²⁰² . Así, según LILIE (*op. cit.*, p. 194) o WINTER (*op. cit.*, p. 335), la relación con una posible eugenesia deriva del aborto. El problema, pues, se remonta, como ya se apuntó, al origen de estas acciones y a los ecos del aborto. Como señala CALVO MELIIDE («El *nasciturus* y su protección jurídica (II)», *Actualidad civil*, 192-2, p. 280), la resonancia de la «pureza de la raza» es imputable al propio aborto embriopático que: «persigue que no nazcan niños con taras físicas o psíquicas, porque no se puede soportar el hecho de una persona que tenga tales taras; ello es algo socialmente insufrible, es preciso eliminar, como sea y al precio que sea, aquellas persona que no estén perfectamente conformadas; es decir, no es lo importante ser persona, sino no padecer tara alguna», y continúa, tras definir la eugenesia: «por tanto, la finalidad del aborto eugenésico no es otra que la utilización del método de la muerte para el logro del perfeccionamiento de la raza humana. La idea del aborto embriopático está directamente emparentada y muy cercana con la idea nazi que llevó a Hitler al exterminio del pueblo judío; es decir, es una auténtica aberración, un desprecio hacia la vida humana y un insulto a la dignidad del hombre». Sean o no discutibles estas opiniones, en todo caso manifiestan la relación entre el aborto y la idea de la eugenesia.

²⁰³ . Hay que recordar, como señalan DREYFUSS-NETTER (*op. cit.*, p. 6) o MAZEAUD («Réflexions...», p. 336), que se trata de aplicar una ley democráticamente votada. Igualmente, JOURDAIN («Réflexions...», p. 336) afirma que la eutanasia prenatal no es contraria a la ley, en tanto que se admite el aborto terapéutico (denominado en nuestro caso embriopático; y criticado en la denominación francesa por MATHIEU, «Note. Conseil d'État de 14 de febrero de 1997», *Revue Française de Droit Administratif*, 1997 (1-3), p. 383 nota 12).

²⁰⁴ . Al respecto, es interesante un informe de 1974 de la comisión jurídica en Gran Bretaña (*Report on Injuries to the Unborn Child*), en el que se decía: «such a case of action, if it existed, would place an almost intolerable burden on medical advisers in their socially and morally exacting role. The danger that doctors would be under subconscious pressures to advise abortions in doubtful cases through fear of an action for damages,

los progenitores (que también por su parte se verán presionados socialmente para abortar²⁰⁵). Junto a ello, también se teme que en el supuesto preconcepcivo se opte por un consejo contrario a la concepción, si bien en este caso el miedo parece menor.

3. Ciertamente, los hechos parecen haber demostrado que los temores a este tipo de consecuencias no se encuentran tan alejados de la realidad. El reciente ejemplo de las protestas médicas en Francia, tras las sentencias de la *Cour de Cassation* de 17 de noviembre de 2000 y 28 de noviembre de 2001, parece justificar este miedo a una reacción de las profesiones sanitarias frente al incremento de este tipo de demandas²⁰⁶.

Sin embargo, lo cierto es que no se conoce realmente qué ocurrirá en otro país ante una situación similar. Que ésa haya sido la reacción en un determinado país, no sienta pauta alguna. Las diferencias socioculturales entre los diversos estados influyen en estas reacciones, como demuestra el que este mismo proceder no se haya extendido a otros lugares²⁰⁷.

is, we think, a real one». De hecho, en la práctica, Israël Nisand, médico francés –y líder de las protestas de técnicos de diagnóstico prenatal contra los casos Perruche y Lionel–, declaraba precisamente que si los médicos querían estar completamente protegidos, tendrían que aconsejar a las madres abortar ante la sospecha de cualquier riesgo mínimo (declaraciones recogidas por DURAND DE BOUSIGNEN, «France tightens disabled patient's rights to sue doctors», *The Lancet*, vol. 359, art. 9302, 19 enero 2002, p. 233).

Numerosa doctrina extranjera se ha hecho eco de estos temores, principalmente en la vertiente de la medicina defensiva (pues el riesgo de abandono de la especialidad de obstetricia sólo lo enuncia FINEL, *op. cit.*, p. 237). Por citar sólo unos cuantos nombres: BOPP, BOSTROM y MCKINNEY (*op. cit.*, p. 486); HAUSER («Un nouveau droit de la personnalité: le droit de ne pas naître?», *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1995 (94), p. 863); PICKER («Wrongful birth...», pp. 520 y 537 y *Wrongful life...*, p. 36); QUASS (*op. cit.*, p. 363); STÜRNER (*op. cit.*, p. 325); TEFF (*op. cit.*, pp. 439-440); SAINTE-ROSE (*op. cit.*, p. 319) o WEBER (*op. cit.*, p. 61-70). TAUB (*op. cit.*, pp. 210, 211 y 213), incluso, da un paso más allá y afirma que la repercusión llevará a la larga a la privación de las técnicas más avanzadas e incluso a la exclusión de este tipo de diagnósticos respecto de las clases sociales menos adineradas (pues no podrán permitirse el incremento de los costes de la medicina que se generarán por el aumento de los costes del seguro).

²⁰⁵ . Tales presiones son enunciadas, en concreto, por BOPP, BOSTROM y MCKINNEY (*op. cit.*, pp. 485-492) y WEBBER (*op. cit.*, p. 12). Sin embargo, DICKENS (*op. cit.*, p. 90) relativiza el valor de estos argumentos, sobre la idea de la autonomía del paciente y la medida en que se puede ver gobernada por el consejo médico. Igualmente, MAZEAUD («Réflexions...», p. 335-336) niega que se genere un deber de abortar para la madre.

²⁰⁶ . Por un lado, relata WINTER (*op. cit.*, p. 330) que treinta relevantes científicos remitieron al Tribunal una carta de protesta que hicieron pública. Al mismo tiempo, protestaron los ginecólogos y los técnicos de radio-diagnóstico franceses a través de manifestaciones y amenazas de huelga. De hecho, dos de los líderes de la protesta (Israël Nisand y René Frydman) instaron a sus colegas a dejar de practicar pruebas de ultrasonidos desde enero de 2002. Se temía un incremento en la responsabilidad médica y, correspondientemente (según el presidente del Colegio de Ecografía fetal, Roger Bessis), el incremento de los costes del seguro médico (predicción que resultó acertada, puesto que, como informa DURAND DE BOUSIGNEN, desde la sentencia del caso Perruche los costes de los seguros profesionales se incrementaron aproximadamente de 1500 a 15000; *op. cit.*, p. 233). El resultado ha sido la promulgación del artículo 1 de la ley 2002-303, de 4 de marzo, *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, en el que se niega la pretensión por *wrongful life*; pero no la de *wrongful birth* (motivo por el cual no se descartan nuevas protestas, pues, según manifestó Israël Nisand, es fácil confundir una falta profesional con una enfermedad incurable).

²⁰⁷ . De hecho, es notable que en Estados Unidos tales reacciones no se han producido, lo que se justifica, según LYSAUGHT (*op. cit.*, pp. 10-11), por la diversidad existente en la regulación del aborto. Así, frente al

Por tanto, cualquier previsión es más bien una especulación que puede ser argumentada igualmente en sentido contrario y que no tiene valor jurídico²⁰⁸.

4. Por otro lado, no hay que olvidar que las profesiones médicas están sometidas a un código ético de conducta dentro del cual la preservación de la vida ocupa una posición primordial²⁰⁹. De esta forma, pretender que por miedo a una demanda de responsabilidad la mayoría de los profesionales sanitarios vaya a ignorar este código deontológico a favor de la práctica de la medicina defensiva supone, en cierto modo, un insulto a la integridad de la profesión médica²¹⁰.

Aunque se podría alegar que es suficiente con que unos pocos adopten este tipo de comportamientos para que deban ser consideradas negativas las consecuencias de la aceptación de este tipo de acciones —esto no se va a discutir—, es dudosa la incidencia que el comportamiento aislado de un determinado profesional médico tenga sobre el incremento del número de abortos. Conforme a la ley, la actuación de un único ginecólogo no es suficiente para realizar el aborto: el artículo 417 bis.1.3º Cp exige para el aborto embriopático un dictamen emitido por dos especialistas del centro o establecimiento, acreditado a tal

caso francés, que parte de la contemplación del aborto como una situación de necesidad y una decisión trágica (lo que lleva a que se rechace una acción como la de *wrongful life*, en que se alega que la destrucción de la vida pueda ser algo bueno), en Estados Unidos el aborto se reguló desde un principio como un conflicto con el derecho a la intimidad de la mujer, excluyendo al máximo la intervención estatal en esta materia (y, con ello, su posible intervención en protección de la vida).

²⁰⁸. Concluyente es en este sentido TROTZIG (*op. cit.*, pp. 37-38), que señala que el impacto definitivo sobre la profesión médica es meramente especulativo, pues depende de muchos factores (seguros, número de casos...).

²⁰⁹. En España, encabezando el capítulo relativo a los principios generales, el artículo 4.1 del Código de Ética y Deontología Médica de 1990 dispone: «La profesión médica está al servicio del hombre y de la sociedad. En consecuencia, respetar la vida humana y la dignidad de la persona y el cuidado de la salud del individuo y de la comunidad son los deberes primordiales del médico». Posteriormente, en relación en concreto con la vida humana en desarrollo se proclama en el artículo 25.1: «No es deontológico admitir la existencia de un periodo en que la vida humana carece de valor. En consecuencia, el médico está obligado a respetarla desde su comienzo».

Igualmente, en el Código Deontológico de la Enfermería Española (aprobado por Resolución 32/89 del Consejo General de Enfermería) se proclama en el artículo 14: «Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la seguridad de su persona y a la protección de la salud. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, en su familia o su domicilio», para posteriormente establecer en el artículo 16: «En su comportamiento profesional, la enfermera/o tendrá presente que la vida es un derecho fundamental del ser humano y por tanto deberá evitar realizar acciones conducentes a su menoscabo o que conduzcan a su destrucción».

²¹⁰. Así lo enuncia, por ejemplo, OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 171), que destaca también cómo el médico ya cuenta con ese riesgo en el desarrollo de su profesión. El hecho de que el médico intervenga en cierta medida en la integridad física de otra persona —más, de hecho, que otras profesiones—, le somete a un alto riesgo de verse sometido a responsabilidad; pero él es consciente de tal riesgo al elegir su profesión, de manera que no se puede sostener que su actuación se dirija a una evitación del daño en vez de a la protección de la vida o la salud. Por tanto, estima el autor que no es de recibo el argumento de que por la amenaza de responsabilidad o por sus efectos sobre los seguros profesionales vayan a aconsejar los profesionales el aborto. Este tipo de opiniones son compartidas por el BVerfG (sentencia de 12 de noviembre de 1997).

efecto, distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. Por tanto, en total sería necesario que tres especialistas compartiesen el mismo temor para que se produjese el efecto negativo vaticinado por el razonamiento aquí expuesto. No es imposible, pero sí improbable.

5. Además, el argumento que aquí se analiza tiende a generalizar los términos, como si la aceptación de las demandas de *wrongful birth* y *wrongful life* provocasen la responsabilidad de los profesionales sanitarios en todos los casos en que nace un niño aquejado de defectos o malformaciones. Esto no es así. De hecho, la mayor parte de las veces surge la responsabilidad de una actuación negligente del profesional sanitario, al igual que en cualquier otra demanda de responsabilidad médica²¹¹. Por tanto, no se puede hablar aquí de una nueva carga insoportable para la profesión médica frente a la que ésta se vea obligada a reaccionar defensivamente²¹².

6. Como última crítica a esta primera variante del argumento, VINEY y JOURDAIN señalan que el incremento de conductas pro-abortistas se justifica en realidad en el propio desarrollo del diagnóstico prenatal, no en las acciones aquí estudiadas. Este diagnóstico se dirige precisamente a informar sobre los riesgos del embarazo; riesgos que se enlazan con la posibilidad de aborto embriopático. Si tales diagnósticos se aceptan, habrá de aceptarse también que han de ofrecer una información completa y exacta como parte de la actividad a

²¹¹. Como afirman PETERS y PETERS (*op. cit.*, p. 870): «no plaintiff in a wrongful life action can recover unless a deviation from the medical standard of care is demonstrated. And, if such a deviation is shown, the courts should not deny these plaintiffs the rights all other negligencie plaintiffs enjoy». Igualmente, CAPRON (*op. cit.*, pp. 667-671); KELLY (*op. cit.*, pp. 506 nota 4, 508, 516); MERKEL (*op. cit.*, p. 182); OSTHEIDE (*op. cit.*, pp. 170-171) o «Note...», p. 2032.

Frente a esto, BOPP, BOSTROM y MCKINNEY (*op. cit.*, p. 498) señalan que se crea una intrusión en el juicio profesional del profesional médico, que deja de ejercer su profesión de acuerdo con parámetros médicos y pasa a centrarse en consideraciones financieras. Del mismo modo, CHAPMAN («Debating the question of "wrongful life"», *Medicine and Law*, 1982 (1), p. 105) afirma que la posición de los profesionales sanitarios ha pasado a ser más vulnerable y LYSAUGHT (*op. cit.*, p. 9) y WEBBER (*op. cit.*, pp. 10-11) rechazan que se trate de demandas típicas de negligencia médica, pues no cumplen los postulados tradicionales de las mismas.

²¹². En este sentido, GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, p. 45) ponen de relieve en general cómo de las múltiples denuncias que se plantean contra los profesionales sanitarios son pocas las que dan lugar a sentencias condenatorias. Se destaca en concreto por la doctrina extranjera que en estos casos lo único que se exige es que se informe a los progenitores de un mal o defecto que de acuerdo con la ciencia médica puede ser detectado; actuación conforme a la *lex artis* que no se puede considerar como una exigencia excesiva (CHABAS, «Note...», p. 2311; JACKSON, «Wrongful...», p. 361; MAZEAUD, «Réflexions...», p. 335 y PETERS y PETERS, *op. cit.*, p. 871). Así se expresó en concreto en el caso inglés *McKay v. Essex AHA* el Juez Griffiths: «the decision whether or not to have an abortion must always be the mother's; the duty of the medical profession can be no more than to advise her of the right to have an abortion and of the pros and cons of doing so [...]». Provided the doctor gives a balanced explanation of the risks involved in continuing the pregnancy, in-

la que se obliga el profesional. Por ello, la posible responsabilidad –y, junto con ella, el miedo consiguiente– deriva de la actividad de diagnóstico, no de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*²¹³.

7. Retomando el hilo argumental, la segunda variante de este tipo de argumentos que aluden a las consecuencias de estimar la responsabilidad en estos casos sostiene que la aceptación de este tipo de demanda de responsabilidad médica llevará a una extensión sin límites de la responsabilidad en relación a la vida. Así, no sólo se incrementará el número de estas reparaciones, sino que también se abrirán las puertas a otras, como las de procreación irresponsable²¹⁴.

Tal extensión se ve como algo indeseable en vista de los importantes problemas éticos que este tipo de acciones plantea²¹⁵, así como en vista de la proximidad que guardan respecto de otros supuestos –en concreto, los de procreación irresponsable–, para los que la sociedad no parece estar preparada para enfrentarse.

8. En contra de ello se pueden recoger, básicamente, tres argumentos:

- En primer lugar, hay que tener en cuenta que no todo el mundo comparte la valoración negativa de este tipo de consecuencias, sino que hay quien opina lo contrario. Tal es, de hecho, el problema de argumentos como éste, que se apoyan en valoraciones: su impor-

cluding the risk of injury to the fetus, he cannot be expected to do more, and need have no fear of an action being brought against him».

²¹³. *Traité...*, p. 16. Es interesante traer en este punto la afirmación realizada en la SAP de Cádiz de 17 de septiembre de 2002 sobre la influencia que el progresivo arraigo en la conciencia social de la posibilidad de abortar y las pruebas prenatales tendrá en el incremento de estas demandas.

Esta argumentación se debería de sostener sin duda frente a argumentos como los que mencionan BOPP, BOSTROM y MCKINNEY cuando señalan como una de las consecuencias del reconocimiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* el hecho de que se acuda a pruebas médicas cuyos resultados son imprecisos y que por ello se aumente el número de abortos (*op. cit.*, p. 488); o que estas técnicas queden fuera del alcance de las familias de menores recursos (p. 489). Si tal es realmente el efecto, en todo caso, no es derivado de la existencia de estas acciones, sino del hecho mismo de la existencia de un diagnóstico prenatal, combinado con la admisión del aborto.

²¹⁴. Este argumento (enunciado en el mundo anglosajón bajo la idea «open the floodgates») es tan antiguo como la problemática de la responsabilidad asociada al nacimiento. De hecho, como se indicó, es uno de los que llevó al rechazo del caso *Zepeda v. Zepeda*; pero sigue siendo sostenido actualmente por autores como GILLON («“Wrongful life” claims», *Journal of Medical Ethics*, 1998 (24), p. 364); HAUSER (*op. cit.*, p. 863); MÉMETEAU (*op. cit.*, p. 2277); TERRÉ (*op. cit.*, p. 2268) o VON BAR (*Vol. I*, pp. 604-605). Entre nuestra doctrina también, en concreto, por BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («4 de febrero de 1999...», p. 859).

²¹⁵. Concretamente, según PICKER, el problema se centra en el miedo a una relativización del bien vida y a una eugenesia social: «man befürchtet vor allem, Schritt für Schritt werde es hier wie dort über die Berücksichtigung schwerster physischer und psychischer Schäden hinaus zur Anerkennung auch “sozialer” kindbezogenen Indikationslagen kommen» (*Wrongful life...*, pp. 84-90; «Wrongful birth...», pp. 543-546). No obstante, en la primera obra citada sostiene el autor que tal relativización se produjo ya hace mucho y la nega-

tancia depende de si se comparte o no ese valor. De hecho, desde el momento en que se considere el efecto de extensión como un desarrollo lógico²¹⁶, o como un efecto positivo, la fuerza de esta objeción a las acciones aquí estudiadas es mucho menor.

En concreto, esta opinión divergente se manifiesta con la misma estructura del argumento aquí discutido, pero en sentido contrario: se sostiene que este tipo de acciones ha de ser aceptada porque, de lo contrario, se producirá la inmunidad de la actividad de consejo genético²¹⁷. Denegar la indemnización supone pretender que los errores médicos no existen; aceptarla, por el contrario, introduce incentivos en la profesión médica para un correcto desarrollo de su actividad²¹⁸.

ción de la acción del niño, por tanto, no puede detener el proceso (p. 99), al igual que tampoco lo acelera (pp. 99-102). En la segunda, sin embargo, parece inclinarse por el rechazo en todo caso de estas acciones.

²¹⁶ . Así, MERKEL no considera negativo que se llegue a las acciones de procreación irresponsable a partir de estas acciones, pues ve tal desarrollo como jurídica y éticamente adecuado (*op. cit.*, p. 191). De hecho, opina el autor que en tales casos existe un deber moral de la mujer de abortar (opinión a la que se opone SARGÓS, *op. cit.*, p. 2297). En esta misma corriente, establece TEFF (*op. cit.*, p. 437): «The floodgates argument is misconceived, not only because apprehension of the floodgates opening cannot justify the “denial of redress in meritorious cases”, but also because it is plain that only in extreme circumstances would a plaintiff be successful in contending that he would have been better off not to have been born. The quintessentially judicial activity of drawing lines would be made easier by the plaintiff’s need to establish severe defects».

²¹⁷ . Así lo manifiestan, fundamentalmente, CAPRON (*op. cit.*, pp. 658 y 683-684) y TEFF (*op. cit.*, p. 437). Junto a ellos, FURROW (*et al.*) remarcaban no sólo los beneficios que el reconocimiento de estas acciones aportan en relación a la evitación de prácticas negligentes y a la mejora de los servicios sanitarios, sino también en relación a la confianza de los usuarios en el sistema de salud (*op. cit.*, p. 912).

²¹⁸ . Según DONOVAN (*op. cit.*, pp. 65 y 69), «the risk of being held liable for damages, therefore, creates an incentive for doctors to provide good medical care, consistent with professional standards»; idea que también mantiene FURROW (*op. cit.*, p. 105) y en la que insiste especialmente GANTZ, que subraya cómo el reconocimiento de estas acciones lleva a una mejora en la atención sanitaria prestada por los profesionales (que se adaptan a los parámetros de comportamiento deseables), así como de la relación médico-paciente, a la vez que desincentiva la omisión de información («State statutory preclusion of wrongful birth relief: a troubling rewriting of a woman’s right to choose and the doctor-patient relationship», *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, 1997 (4), pp. 806-808 y 812). Esta autora afirma, incluso, que estas acciones contribuyen a dar al profesional una seguridad ante las dudas morales que le asaltarían de no existir tales demandas. Su parámetro de comportamiento queda claramente establecido y sabe a lo que atenerse (*op. cit.*, pp. 824-825).

Al margen de esta curiosa teoría, lo cierto es que se mantiene que el interés general en una medicina de calidad es uno de los fines del derecho de daños (KELLY, *op. cit.*, pp. 508-510; igualmente, en «Note...», pp. 2022-2023). Tras un análisis de argumentos de análisis económico del derecho (asunción del riesgo por aquél que se beneficia de él, distribución del coste del daño entre los consumidores de servicios médicos a través de la imputación de la responsabilidad al profesional sanitario) concluye KELLY el efecto positivo del reconocimiento de este tipo de acciones de responsabilidad (pp. 510-512). Este mismo interés en incentivar la actividad médica se encuentra en los casos estadounidenses *Curlender v. Bio-Science Laboratories* y *Gildiner v. Thomas Jefferson University Hospital*.

No obstante, hay también quien duda de que se produzca este efecto de incentivación de la actividad médica a través del reconocimiento de estas acciones (TAUB, *op. cit.*, p. 210), lo cual demuestra el alto valor especulativo o la falta de certeza y seguridad que aporta este tipo de argumentos.

No obstante, tal afirmación adolece del mismo defecto del argumento que critica: apoyar el razonamiento en las consecuencias posibles que produzca a largo plazo la aplicación del derecho positivo no es un argumento admisible *de lege lata*.

- En segundo lugar, ya se indicó inicialmente cómo cada una de estas acciones de responsabilidad en relación con el nacimiento de un niño tiene sus propias peculiaridades, por lo que es difícil que la aceptación de una de ellas lleve automáticamente a otra, en tanto que parte de presupuestos distintos²¹⁹.

- Finalmente, señala KELLY con buen juicio que las consecuencias futuras se deberán afrontar en el futuro²²⁰. Tal argumento alude al que inicialmente se recogía en este punto: las decisiones de política legislativa han de quedar para el legislador, que es el que debe decidir qué consecuencias asumir y cuáles no. El riesgo de que la aplicación del derecho positivo derive en una creciente demanda en reclamación de los daños asociados a la vida deberá ser eliminado —en su caso— a través de una reforma que modifique la normativa existente, en tanto que posibiliten esta consecuencia indeseada (como ha ocurrido en el caso francés); pero no por el intérprete del Derecho.

2.2.2.2. Argumentos a favor de este tipo de acciones

2.2.2.2.1. La incoherencia de aplicar un distinto tratamiento a ambas acciones

1. Este argumento, favorable a la aceptación de las demandas de *wrongful life*, parte de la afirmación de que resulta contradictorio e incoherente aceptar la responsabilidad por *wrongful birth* frente a los progenitores, y no la responsabilidad por *wrongful life*, ya que ambas acciones suscitan iguales cuestiones jurídicas y extrajurídicas²²¹.

²¹⁹. Como pone de relieve CAPRON (*op. cit.*, pp. 661-666), los deberes involucrados en cada una de las acciones relacionadas con el nacimiento no son los mismos y, por ello, la afirmación de responsabilidad en un caso no debe llevar a la afirmación en el otro. En el mismo sentido, COHEN (*op. cit.*, p. 231); FISCHER (*op. cit.*, p. 439); FURROW (*op. cit.*, pp. 104 y 106); SHAPIRA (*op. cit.*, p. 374) y WINTER (*op. cit.*, p. 335). Por otra parte, según JOURDAIN («Réflexions...», p. 338) y MAZEAUD («Réflexions...», p. 335), a falta de culpa de la madre, no puede existir una acción de responsabilidad por procreación irresponsable.

²²⁰. *Op. cit.*, p. 569: «we should not distort the law in a way that denies justice today merely because justice might be distorted in some other way in the future». Esto no debe hacer olvidar que, además, es posible que cambie la visión social al respecto, por lo que con ello debería cambiar también el derecho (p. 568).

²²¹. Entre nuestra doctrina, este argumento parece ser recogido por ROCA (*op. cit.*, p. 1748), cuando sostiene que es difícil encontrar un fundamento coherente por el cual los padres tengan derecho a ser resarcidos por el mantenimiento del hijo —porque se oponía a su planificación familiar, o porque no fueron debidamente informados de que el hijo nacería enfermo— «y, en cambio, que el propio paciente no pueda reclamar para sí lo que sus padres sí pudieron reclamar “a costa suya”».

Lo curioso es que –aunque con menor frecuencia–, la idea de la incoherencia también se ha empleado en el sentido contrario: como argumento para rechazar la responsabilidad en las demandas de *wrongful birth*, ya que no es aceptada en las de *wrongful life*²²².

2. OSTHEIDE aporta el argumento clave para rechazar estas teorías: los casos de *wrongful birth* y *wrongful life* son diferentes y, por tanto, se encuentra justificado aplicarles soluciones distintas. Tal razonamiento es correcto, pues el hecho de que el daño reclamado en cada una de las acciones sea diferente determina que las cuestiones éticas y jurídicas que surjan en cada caso sean también distintas²²³.

Como ya se enunció anteriormente, se trata de acciones independientes. Esto no sólo implica que el éxito de cada una de ellas no se encuentra relacionado con el de la otra, sino también que los razonamientos que conduzcan a uno u otro resultado se deberán ade-

Igualmente, se trata de un argumento muy popular en el derecho comparado, en especial entre los autores anglosajones. Destacan al respecto las palabras de CAPRON (*op. cit.*, pp. 639 y 659): «since the living child will be the real [...] beneficiary of the parent's recovery [...] any remaining difficulty in allowing claims directly on behalf of an affected child seems shortsighted, especially if it is based on metaphysical refinements»; pero también se encuentran adscritos a este tipo de argumentación DANZEISEN Y REITLER (*op. cit.*, pp. 864-865); DEWITT ROGERS (*op. cit.*, pp. 714 y 753); JACKSON («Action...», pp. 552 y 569 y «Wrongful...», p. 361); TEFF (*op. cit.*, pp. 430-431) o SEYMOUR (*op. cit.*, p. 256).

Los autores franceses manejan así mismo este tipo de argumentos (SARGÓS, *op. cit.*, pp. 2301 y 2302 y VINEY y JOURDAIN, *Traité...*, pp. 17-18), e incluso hay quien señala que este razonamiento fue el que llevó a la *Cour de Cassation* a conceder la indemnización en el caso Perruche (VINEY, «Brèves...», p. 65).

Finalmente, dentro de la doctrina alemana, es especialmente relevante la opinión de PICKER, que pone de relieve la disparidad en la valoración de la vida respecto de ambas acciones, puesto que se relativiza en relación a la reclamación de los progenitores y se hace absoluta en relación al niño (*Wrongful life...*, pp. 19, 26, 41, 47, 62-64, 67-68, 71-72: «das Leben des Kindes wird diesem selbst und also dem Träger gegenüber als höchstes, unantastbares Gut in eine absolute Sakrosanktheit [...] Zugleich aber wird das Leben des Kindes den Eltern und also externen Dritten gegenüber als ein weitgehend abwägbares und damit relativierbares Gut angesehen»). No obstante, no se pronuncia a favor de una determinada solución, sino que afirma la validez de ambas posibilidades: relativizar la vida frente a ambos demandantes o bien admitirla como absoluta respecto de ambos (pp. 113-114). En cualquier caso, propugna una misma solución para ambos casos (p. 37). Lo curioso de este autor, es que, como destaca ZIMMERMANN («Kurzbeitrag. "Wrongful life" und "wrongful birth"», *Juristen Zeitung*, 1997 (3), pp. 131-132), en una obra coetánea («Wrongful birth...»), parece afirmar como punto de partida infranqueable el absoluto del bien vida.

²²² Lord Steyn en el caso escocés *Mc Farlane v. Tayside Health Board* recogía este argumento y aconsejaba rechazar por motivos de coherencia y racionalidad la demanda de los padres. Ya anteriormente, en el caso estadounidense *Taylor v. Kurapati*, se había establecido: «if the child could not bring an action for wrongful life in Michigan because neither the Legislature nor the Michigan Supreme Court has recognized the wrongful life tort, then why should the same parents be allowed to bring an action for wrongful birth?». Por otra parte, ésta es la opinión de VINEY («Brèves...», p. 66), que sugiere que sería deseable desde un punto de vista ético y jurídico rechazar ambas acciones, pues con ello se volvería a la ortodoxia en materia de responsabilidad civil.

²²³ *Op. cit.*, pp. 184-185. Del mismo modo, señala WINTER (*op. cit.*, p. 332) que sólo habría incoherencia si el daño reclamado fuera el mismo, pero no cuando es diferente (el autor considera en concreto que la incoherencia se produce cuando el daño reclamado deriva de la discapacidad del niño, pero no cuando lo que se reclama es por la pérdida patrimonial ocasionada por los gastos que genera el niño).

Tal independencia en el trato es proclamada igualmente por autores de otros ordenamientos jurídicos. Así, BUSNELLI (*op. cit.*, p. 218); FURROW, *et al.*, *op. cit.*, p. 914) o SYMMONS (*op. cit.*, p. 270).

cuar a cada uno de los supuestos. La distinta entidad del daño reclamado en cada una de estas acciones requiere que se consideren por separado.

3. Por otra parte, hay que destacar que este argumento apela a nociones tales como la justicia o la igualdad en la aplicación de la ley; argumentos ciertamente jurídicos, pero que no pueden imponerse frente al tenor literal de las normas cuando éstas permiten en un caso la aplicación de la responsabilidad y no en otro.

Efectivamente, si se produce una disparidad en el reconocimiento de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, tal diferencia se basa en la concurrencia o no de los elementos de la responsabilidad civil en cada uno de los casos, por lo que no hay incoherencia o discriminación de unos casos frente a otros, sino casos distintos²²⁴. Por ello, mientras no se demuestre que en las acciones de *wrongful life* concurren los elementos requeridos por la responsabilidad civil, la misma no podrá aplicarse, por mucho que sea posible en las acciones paralelas de *wrongful birth*.

2.2.2.2.2. La conmiseración que suscita el «pobre niño» y la salvaguarda o garantía de su posición

1. Como argumento sentimental típico de aceptación de la responsabilidad civil por *wrongful life* se señala que hay que tener en cuenta que el niño es quien más sufre dentro del supuesto de hecho de estas acciones, ya que es él quien desde el nacimiento se ve afectado por una enfermedad o defecto. Por tanto, desde la perspectiva de la justicia material, se debería conceder una reparación a este ser que, a causa de la negligencia del profesional sanitario, se ve obligado a una existencia llena de dolor o de dificultades²²⁵.

²²⁴ . Así lo reconoce REINHART (*op. cit.*, p. 1086), al señalar que no se puede reconocer o no una pretensión sobre criterios de justicia del caso, por lo que tal argumento se ha de rechazar.

²²⁵ . Es paradigmático en este sentido el caso *Curlender v. Bio-Science Laboratories*, en que se afirmó: «the reality of the “wrongful life” concept is that such a plaintiff both *exists* and *suffers*, due to the negligence of others». Tal pronunciamiento ha sido posteriormente seguido por diversos autores de diversas nacionalidades. En nuestro caso, esta idea es mencionada por BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («4 de febrero de 1999...», p. 859) y PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», p. 272), aunque ninguno de ellos se manifiesta favorable a acoger por este motivo la reclamación de *wrongful life*.

Igualmente, la francesa DAGORNE-LABBE (*op. cit.*, p. 24) apela a la conciencia humana y JOURDAIN («Réflexions...», p. 337) afirma que los argumentos de rechazo de la acción, guiados por una buena voluntad, impiden que se indemnice a quien más sufre. Lo mismo ocurre entre los alemanes con OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 180), que hace mención de este argumento pero no lo considera convincente. Si parece aceptarlo, en cambio, el argentino ZANNONI («Tutela...», p. 635).

2. Dejando al margen el hecho de que el niño discapacitado pueda recibir subvenciones o ayudas que contribuyan a mejorar su situación, la principal objeción a este argumento se centra en que prescinde por completo de las normas sobre la responsabilidad. Así, el problema no es que se ponga en duda la alegación de la que se parte, sino que se trata de un razonamiento que prescinde casi totalmente de la aplicación del derecho positivo²²⁶.

Aunque realmente la situación en que se encuentra el niño sea digna de compasión, lejos de afirmar o negar la concurrencia de los elementos requeridos para constatar la obligación de reparar un daño, la argumentación referida se limita a afirmar la aplicación de esta institución, sobre la base de criterios de justicia material: lo más justo es que sea indemnizado el sujeto que más sufre, con independencia de si tal indemnización responde al esquema organizado en el sistema jurídico o no.

Sin embargo, el criterio de la justicia o la equidad —que por otra parte es puesto en duda por algunos autores por la indeterminación que conlleva²²⁷—, no es un argumento a través del cual se pueda afirmar o negar la responsabilidad, en tanto que institución de derecho positivo establecida con un determinado perfil por el legislador. Sea o no justo, la ausencia de los elementos de la responsabilidad llevan al rechazo de ésta²²⁸.

²²⁶ . Así lo afirmaba con claridad el Juez Schreiber, disidente del caso *Procanik v. Cillo*: «simpathy for a handicapped child and his parents should not lead us to ignore the notions of responsibility, causation and damage that underlie the entire philosophy of our system of justice». Estas mismas consideraciones llevan a SEYMOUR a afirmar con cierta ironía que se debería hablar en este caso de acciones de *wrongful suffering*, más que de *wrongful life* (*op. cit.*, pp. 108-109).

²²⁷ . En concreto, es PACE quien suscita este tipo de dudas respecto de qué es lo justo y equitativo, cuando pone de relieve que el hecho de que la normativa del aborto se establezca en atención a los intereses de la madre determina que la justicia se encuentre en la concesión de una indemnización a ésta («The treatment of injury in wrongful life claims», *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 1986 (20), pp. 162-163). Por tanto, se puede apreciar cómo este tipo de argumentos es casi tan variable como la opinión de quien los apoya.

Por otra parte, pone de relieve REINHART (*op. cit.*, p. 1086) que la situación desvalida en que se pueda encontrar en estos casos el niño discapacitado es similar a la de cualquier niño que pierde a sus progenitores.

²²⁸ . Como indica BUSNELLI, no se puede reconocer una demanda de responsabilidad sin constatar la existencia de un daño, ya que tal actuación (que parece imponerse en la jurisprudencia) contradice el propio sentido de la responsabilidad civil y de sus características. Acudir a la equidad como criterio para fundamentar el daño no es adecuado ni suficiente, ya que la equidad es un criterio que actúa dentro de la responsabilidad civil, no como alternativo a la misma (*op. cit.*, p. 220). Lo mismo opina el alemán WINTER (*op. cit.*, p. 336) cuando afirma que aunque exista un comportamiento negligente, la ausencia de daño impide proclamar la responsabilidad, por mucho que la situación del niño inspire compasión al juzgador. Por parte de los autores franceses, niega SAINTE-ROSE (*op. cit.*, p. 316) el recurso a la equidad y se plantea CHABAS («Note...», p. 2312) hasta qué punto ha de resolver un tribunal en equidad en lugar de llamar la atención al legislador.

En cualquier caso, los aplicadores del derecho están sometidos a la ley, no a una idea general de justicia y, aunque ambos términos deberían correr paralelos, la realidad muestra que no siempre resulta así. Si bien la ley debe tender a ofrecer soluciones justas a un tipo de problemas, por muy buena que resulte una ley no siempre proporciona la solución más justa; las peculiaridades del caso concreto y las diversas visiones de un

3. Una variante del argumento inicial sostiene que la concesión de indemnización al propio niño serviría de salvaguarda para el mismo, frente a posibles despilfarros por parte de los progenitores –que dispongan de la indemnización que se les conceda para su propio disfrute y no para el cuidado del hijo– o frente a situaciones en las que éstos no puedan o no quieran interponer una reclamación por *wrongful birth*²²⁹.

Si bien es cierto que la concesión de una indemnización únicamente a los progenitores no satisface directamente el interés del niño y crea además el riesgo de que éste no se vea beneficiado por ella (en la medida en que es la lesión del interés de los progenitores la que se contempla en las acciones de *wrongful birth* y en la medida en que la indemnización se integra en su patrimonio)²³⁰, de nuevo hay que recordar que la justicia material no es argumento suficiente para aplicar la institución de la responsabilidad, sino que ésta depende de la constatación de sus requisitos tal y como los dispone el Código civil.

4. Por otra parte, algunos autores niegan que este tipo de argumentos deba llevar necesariamente al reconocimiento de las acciones de *wrongful life*, bien porque consideran que este riesgo no es real y que la concesión de una indemnización por *wrongful birth* es

mismo asunto pueden determinar que se produzca una escisión entre la justicia y la ley. La solución que se ofrece para estos casos es el recurso al sistema de seguridad social (WEBER, *op. cit.*, p. 56).

²²⁹ . En este sentido, por ejemplo, se inclina D'ANGELO por ciertas medidas de protección de los intereses del niño (*op. cit.*, pp. 175-177). El argumento es repetido por un sector jurisprudencial de Estados Unidos, según afirma DOBBS (*op. cit.*, p. 792), así como en el ámbito europeo, por MANNSDORFER (*op. cit.*, p. 103) y MARKESINIS y UNBERATH (*op. cit.*, pp. 184-185).

De hecho, es cierto que el rechazo de esta acción de responsabilidad ejercitada por el niño puede producir situaciones injustas. Así ocurre cuando los padres no interponen demanda por estos hechos (por ejemplo, por haber fallecido), o cuando éstos reciben indemnización únicamente hasta la mayoría de edad del hijo, fecha en que en el derecho anglosajón cesa el deber de mantenimiento por los progenitores (DONOVAN, *op. cit.*, p. 68, con cita de Robertson. No obstante, TAUB, *op. cit.*, p. 212, considera que este riesgo no se presenta, pues los gastos principales se producen durante la minoría de edad y al llegar la mayoría podrá proveer el niño para sí mismo o se mantendrá la patria potestad).

Como señala JACKSON («Wrongful...», p. 364), «the potential of an award to the child's parents is insufficient. It is the child, and not the parents, who has to endure the suffering that has arisen out of the physician's negligence in wrongful life claims. Therefore, that child should be granted a remedy». Igualmente, entre nuestros autores, UREÑA MARTÍNEZ destaca este riesgo y recomienda que los progenitores ejerciten junto con su acción la del propio niño, para así obtener una indemnización que se pudiera consignar a su nombre (*op. cit.*, p. 1115).

²³⁰ . Hace ya tiempo los MAZEAUD advertían en relación a la indemnización concedida a la víctima que «la víctima conserva en ello toda su libertad; puede hacer de lo percibido por daños y perjuicios el empleo que estime conveniente o incluso no hacer ningún empleo de ello, nada le obliga a proceder a la reposición en el estado anterior; y el juez no podría obligarla» (*op. cit.*, p. 396).

suficiente²³¹, o bien porque afirman que es suficiente con asegurar de algún modo la indemnización concedida en una acción de *wrongful birth*²³².

Tales argumentos no son convincentes. En concreto, la posibilidad de establecer medidas de salvaguarda a favor del niño en la indemnización a los progenitores se enfrenta al obstáculo de la congruencia de la sentencia. En la medida en que la demanda sea ejercitada por los progenitores exclusivamente en su nombre, y en la medida en que en el *petitum* no se contemple tampoco al niño en relación a la indemnización que se solicita, sería incongruente la sentencia que atribuyera la indemnización al niño²³³.

²³¹ . Según KENNEDY y GRUBB (*Medical...*, p. 1548), «it could be said, however, that the courts do not need to fashion an action by the child since the parents will have a "wrongful birth" claim [...] The "wrongful life" action would only have practical importance if the parents' action was limited, for example, to losses up to majority. English law may not be so restricted where there is evidence to support continued care into adulthood». En el mismo sentido, LUNNEY y OLIPHANT (*op. cit.*, p. 110, «although there are arguments in favour of allowing such an action, the rejection of the claim may not provide hardship where the parents can bring a "wrongful birth" action»). Por su parte, MONATERI («La marque de Caïn». La vita sbagliata, la vita indesiderata, e le reazioni del comparatista al distillato dell'Alambico», en *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, A. D'Angelo, Giuffrè Editore, Milano 1999, p. 298) destaca que la concesión de una acción por *wrongful birth* es una forma cómoda de resarcir también el daño al niño.

Sin embargo, señala DOBBS (*op. cit.*, p. 792) que existe una diferencia entre esta indemnización de los daños que pudieran haber obtenido los progenitores y la que obtendría el niño. En el caso de los progenitores, el reconocimiento de la indemnización por parte de algunos tribunales sólo abarca los gastos extraordinarios generados por el niño hasta la mayoría de edad, mientras que el niño podría obtener indemnización por tales gastos durante todo el tiempo en que se estime su esperanza de vida.

²³² . En opinión de BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («4 de febrero de 1999...», p. 859) esta misma idea estaba presente en la sentencia de primera instancia del caso que resolvió en casación el Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de febrero de 1999, al establecer el JPI que los demandantes únicamente podrían disponer libremente de una parte de la indemnización, quedando el resto en depósito hasta la mayoría de edad de la niña nacida con malformaciones. En este mismo sentido, entre la doctrina estadounidense, KELLY (*op. cit.*, p. 572 nota 294) señala la posibilidad de establecer garantías sobre la indemnización que, en su caso, se conceda a los padres, aunque vería más lógico concederla directamente al propio niño. De todas formas, apunta la existencia de dificultades prácticas por el hecho de que es probable que el niño no pueda supervisar la administración hecha en su nombre (pp. 588-589).

²³³ . Como pone de relieve GALÁN CORTÉS (*Consentimiento...*, p. 332), este problema: «se halla íntimamente ligado a la forma de plantear la demanda». En esta misma línea, BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («4 de febrero de 1999...», p. 859), criticaba la incorrección técnica del fallo de la sentencia de primera instancia del caso que comenta, al haber atribuido a los progenitores una representación que no habían ejercitado, concediendo parte de la indemnización a favor del niño.

Otra cosa sería en el supuesto de que en el *petitum* de la acción ejercitada por los progenitores se vieran implicados también directamente intereses del niño, aunque la representación no se hiciera expresa. Ello, no obstante, llevaría a la cuestión de la posibilidad de una representación indirecta por los progenitores; posibilidad que acepta ARANDA RODRÍGUEZ únicamente en tanto que gestión de los asuntos patrimoniales del menor (*La representación legal de los hijos menores*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid 1999, p. 63), pero que es puesta en duda por MIGUEL GONZÁLEZ, al señalar sus dificultades en relación a la elusión de los controles judiciales impuestos al representante legal («Voz "Representación legal"», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen IV, Civitas, Madrid 1995, p. 5828) y por Díez-PICAZO, que se refiere a que el interés de la ley requiere claridad y certidumbre en estos casos (*La representación en el derecho privado*, Reimpresión, Civitas, Madrid 1992, p. 290; pero menciona también cómo no existe una prohibición expresa).

5. Más relevante, en cambio, es señalar la existencia de un fallo en el propio presupuesto de esta segunda variante del argumento. Efectivamente, si lo que se pretende es proteger al niño respecto de sus progenitores, la idea de atribuirle una indemnización propia tampoco es plenamente satisfactoria, puesto que la administración de la indemnización se atribuiría a los progenitores hasta la mayoría de edad (artículo 164 Cc).

Aunque el menor dispone de una acción de rendición de cuentas al término de la patria potestad (artículo 168 Cc) y aunque dicha administración está sometida a límites (artículo 166 Cc), es posible que una mala administración, junto con una insolvencia del progenitor en el momento del ejercicio de la acción de rendición de cuentas, frustre finalmente la finalidad de protección del menor para la cual se aconsejaba que se le concediese la indemnización²³⁴.

2.3. Tratamiento doctrinal, legal y jurisprudencial de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*

1. A partir de su origen en el derecho estadounidense, las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* se han extendido a todos los países en los que el aborto embriopático está permitido. Así, en Inglaterra, Alemania, Francia y, por supuesto, en nuestro país, se han ido planteando paulatinamente este tipo de acciones, sin que en ninguno de estos ordenamientos se haya alcanzado una solución unánime. Pese a ello, los resultados en todos ellos son similares: estimación más o menos amplia de las acciones de *wrongful birth* y desestimación de las acciones de *wrongful life*, salvo contadas excepciones.

2. En esta extensión, han sido los tribunales quienes inicialmente se han visto obligados a pronunciarse sobre este tipo de demandas. Dichos pronunciamientos no sólo aportan una visión práctica, sino que constituyen una fuente de primera mano respecto de esta problemática, por lo que se han de tener en cuenta.

²³⁴ . Quizá por ello este argumento debería ir acompañado de medidas para asegurar tal indemnización frente a la propia administración de los progenitores, como las previstas por el artículo 167 Cc. Un ejemplo de esta desconfianza frente a la administración de los progenitores lo ofrece la STS de 6 de mayo de 1998, en la que se sometió la indemnización concedida al padre de un niño lesionado tras el nacimiento a determinadas medidas de control judicial. Tales previsiones, no obstante, fueron criticadas por GÓMEZ CALLE («Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1998», *CCJC*, 1998, mg. 1310, pp. 1194-1198) por ser injustificadas en el caso concreto y por la falta de precisión respecto de su extensión.

Junto a ellos, también la doctrina ha tenido un papel importante en el desarrollo de estas acciones, pues, conocedora de la práctica del derecho comparado, ha analizado las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* desde un punto de vista teórico, anticipándose en ocasiones a la jurisprudencia o estudiando incluso casos que no se han presentado en la práctica, a fin de constituir la base sobre la que tratarlos cuando se presenten.

Únicamente el legislador parece haberse mantenido al margen de estas acciones. La novedad de las mismas, su rara presencia en la práctica judicial y el escaso consenso respecto de las soluciones que han de ofrecerse a cada una de las cuestiones suscitadas, son algunos de los motivos que han contribuido al mínimo interés que el tema ha despertado entre las cortes nacionales y extranjeras. Con la excepción de una serie de estados norteamericanos y del caso francés, en el resto de los países en los que han surgido las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* no existe una regulación especial, por lo que se acude a los presupuestos generales de la responsabilidad para resolverlas.

3. Aunque nuestra atención se centra principalmente en cómo han de ser tratadas este tipo de acciones en nuestro Ordenamiento, el estudio de la respuesta que se ha ofrecido en otros países de nuestro entorno sociocultural es igualmente interesante. De hecho, a lo largo de las páginas anteriores se ha hecho una constante referencia a opiniones de la doctrina y jurisprudencia extranjera, así como a argumentos que proceden de tal fuente.

Esta continua referencia es posible, en concreto, ante la universalidad de los problemas planteados por estas reclamaciones de responsabilidad, pues lo que se pone en cuestión es el valor de la vida²³⁵. Si a esto se une que, a pesar de las diferencias entre los diversos sistemas jurídicos, el fenómeno de la responsabilidad médica es reconocido en la mayoría de los países de nuestro entorno —en los que plantea problemas y soluciones similares— y que la mayoría de los sistemas exigen para el reconocimiento de la obligación de responder unos elementos similares, el resultado es que la mayoría de las reflexiones realizadas en el derecho comparado podrán ser trasladadas a nuestro sistema.

²³⁵ . Como señalan ZWEIGERT y KÖTZ (*op. cit.*, p. 34): «the legal system of every society faces essentially the same problems, and solves these problems by quite different means though very often with similar results». Por ello, según VON BAR («Schadensersatz für das unerwünschte Kind. Neue Urteile des niederländischen Hoge Raad sowie von Gerichten aus Deutschland, England und Schottland», *Zeitschrift für Europäische Privatrecht*, 1998, p. 331), o JACKSON («Action...», p. 537), este tipo de problemas trasciende a los distintos puntos de partida en materia cultural, produciendo respuestas similares.

Por ello, no se puede ignorar en esta materia el valor del derecho comparado. No hay que olvidar que su propio origen se produce en un país extranjero o que su incidencia práctica ha sido mucho más frecuente en otros ordenamientos (especialmente el francés o estadounidense), por lo que su experiencia en estos temas es mayor²³⁶.

4. De entre los países extranjeros en que se han presentado estas acciones se ha optado por reunir aquí, en primer lugar, el caso de Estados Unidos, no sólo porque puede considerarse la cuna de estas acciones, sino también porque sus giros e innovaciones pueden repercutir sobre su futuro en otros sistemas, como el nuestro, que centran gran parte de su mirada en este país²³⁷. Pero también se ha de fijar la atención en una serie de países europeos; en concreto, Francia y Alemania, en los que estas acciones se han presentado, dando lugar a un interesante debate. Se añade, finalmente, Italia, como ejemplo de un caso especial por la existencia en su Ordenamiento de limitaciones que deberían llevar a excluir este tipo de acciones en algunas de sus manifestaciones²³⁸.

Junto a ellos, analizaremos muy brevemente cuál es el estado de la cuestión en nuestro país, pues el análisis más extenso es aquél en que consiste precisamente este trabajo. De hecho, en ninguno de estos países se van a examinar con detenimiento los argumentos esgrimidos a favor y en contra de estas acciones por parte de jurisprudencia o doctrina, ya que tal examen profundo se realizará a lo largo del presente trabajo. Por ahora, pues, simplemente se tratará de señalar cuál es el panorama general.

²³⁶ . En este sentido, plantea SYMMONS (*op. cit.*, pp. 276-277) los beneficios de aplicar la experiencia estadounidense a Gran Bretaña: «the United States precedents are important because the litigated cases there have been far more numerous than those in the United Kingdom and cover a far longer time-span going back to the mid-1930s». Igualmente, STÜRNER (*op. cit.*, p. 321) y WEBER (*op. cit.*, p. 51) acuden al derecho estadounidense y al inglés, más experimentados en estos temas, como auxilio ante la novedad del problema que se aborda en Alemania.

²³⁷ . Como señalan MARKESINIS y UNBERATH (*op. cit.*, p. 48), «the developments in this field started in the USA and later spread to European systems»; y «here the movement of ideas is from America to Europe and not the other way round» (p. 180; si bien añaden: «though the imitation in Europe is obvious (and likely to increase [...]) it is not slavish»). Coincide con ellos JONAS (*op. cit.*, p. 15): «en ce domaine encore, nous sommes, sans doute, au moins inconsciemment, influencés [...] surtout par les pratiques d'outre-Atlantique».

²³⁸ . Una referencia a más países, aunque algo breve, se encuentra en el estudio de derecho comparado del *European Group on Tort Law* (MAGNUS (et. al.), *op. cit.*), que abarca la mayoría de países europeos, así como Sudáfrica y Estados Unidos. Como resume MAGNUS en el informe comparativo final (pp. 206-207), la tendencia general es la ya indicada: aceptación de las acciones de los padres (con divergencias respecto de las cantidades a conceder como indemnización) y rechazo de las acciones ejercitadas por o en nombre de los hijos, si bien en algunos países la cuestión está abierta a debate.

2.3.1. Derecho comparado

2.3.1.1. Estados Unidos

1. Las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* surgieron desde un principio a partir de la tendencia iniciada por las acciones de *disadvantaged life*, como pretensiones de reparación ejercitadas ante los tribunales mediante el *tort of negligence*. Desde su primera aparición en el caso *Gleitman v. Cosgrove*²³⁹, las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* o *wrongful life* se han planteado con relativa frecuencia en los distintos estados, donde han obtenido un éxito diverso. En general, tanto doctrina como jurisprudencia parece que se inclinan por conceder la acción de *wrongful birth*, pero no la de *wrongful life*, si bien en ambos casos existen excepciones²⁴⁰.

2. Comenzando por la acción de *wrongful life*, el argumento inicial de rechazo, basado en su contrariedad con el orden público, estaba justificado en un inicio por la calificación del aborto como ilegal. Una vez que el aborto fue admitido como derecho de la mujer, a partir del famoso caso *Roe v. Wade*, este tipo de argumentos debería haber perdido su valor²⁴¹. Pese a ello, no se produjo como consecuencia una admisión global de este tipo de demandas, que se han seguido rechazando sobre otros argumentos²⁴².

²³⁹ . Se negó la indemnización por *wrongful birth* y *wrongful life* en el caso de un niño afectado de diversas malformaciones producidas como consecuencia de la rubéola contraída por su madre durante el embarazo, respecto de la cual se había informado a la progenitora que no tendría consecuencias sobre el feto. La corte de Nueva Jersey se basó en dos razonamientos para rechazar la demanda de *wrongful life*: por un lado, no se podían comparar lógicamente los defectos vitales con el vacío completo de la no existencia; por otro lado, aunque los daños fueran calculables, era de orden público el mantenimiento del bien vida («the right of the child [...] to live is greater than and precludes [the parents'] right not to endure emotional and financial injury»). Finalmente, aunque pudiera afirmarse que hubiera sido mejor que el niño no hubiera nacido, no se puede alegar como daño resarcible frente a la preciosidad de la vida. Para la demanda de *wrongful birth*, el razonamiento se apoyó en la dificultad de medir el daño, por lo indeterminado de los beneficios de la paternidad.

²⁴⁰ . Estas respuestas judiciales son de todo tipo, desde el rechazo de ambas acciones (*Azzolino v. Dingfelder*; *Gleitman v. Cosgrove*; *Greenberg v. Kliot*; *Johnson v. Yeshiva Univ.*; *Schork v. Huber*; *Slawek v. Stroh*; *Spencer v. Seikel*; *Stewart v. Long Island College Hospital*), a la estimación de ambas (*Harbeson v. Parke-Davis*; *Park v. Chessin*; *Procanik v. Cillo*), pasando por la aceptación de sólo una de ellas, en general la de *wrongful birth* (*Becker v. Schwarz*; *Berman v. Allan*; *Blake v. Cruz*; *Dumer v. St. Michael's Hospital*; *Eisbrenner v. Stanley*; *Gildiner v. Thomas Jefferson University Hospital*; *Jacobs v. Theiner*; *James G. v. Caserta*; *Linninger v. Eisenbaum*; *Lloyd v. North Broward Hospital District*; *Moore v. Lucas*; *Schroeder v. Perkel*; *Siemieniec v. Lutheran General Hospital*; *Smith v. Cote*; *Speck v. Finegold*).

²⁴¹ . En Estados Unidos el aborto es un derecho constitucional de la mujer, reconocido como derivado de la 14ª enmienda, a partir del caso *Roe v. Wade*. Aunque éste fue el punto de partida, sin embargo, ya desde su inicio tal reconocimiento no fue absoluto. De hecho, en la mencionada sentencia la Corte Suprema sólo reconocía el derecho «at least under some circumstances», lo cual iba acompañado de una distinción dentro de los tres trimestres del embarazo, según la cual las posibilidades de los legisladores de los Estados para regular el aborto variaban. A partir de ahí, surgieron de leyes limitadoras de este derecho, aunque dentro de los límites

Lo importante es que tal rechazo no se ha producido de forma absoluta. Al menos en California, Colorado, Nueva Jersey y Washington se han reconocido estas acciones²⁴³. Muestra de ellas son, por orden cronológico, los casos *Park v. Chessin*²⁴⁴, *Curlender v. Bio-Science Laboratories*²⁴⁵, *Turpin v. Sortini*²⁴⁶ y *Harbeson v. Parke-Davis Inc*²⁴⁷. La indemnización que se concede en ellos se centra en los gastos especiales que se acrediten como derivados de la enfermedad; gastos que pueden calcularse fácilmente. No se indemnizan, sin embargo, los daños generales o el daño moral²⁴⁸.

3. Por lo que respecta a las demandas por *wrongful birth*, han sido aceptadas por la mayoría de los estados, especialmente a partir del reconocimiento del aborto como derecho

establecidos. Los diversos Estados legislaron sobre la materia, como expresivamente indica FURROW (*et al.*), «testing the Constitutional limits» (p. 930).

La cuestión no se mantuvo indiscutida, sino que se siguió planteando ante la Corte Suprema que, a su vez, fue debilitando su posición. Con ello, se llegó al caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, en el cual, admitiendo la base del caso *Roe v. Wade*, se revocó ésta parcialmente de forma implícita, pues se evitó la caracterización como derecho del aborto (de hecho, según EMANUEL, ya no es un derecho fundamental, aunque sí goza de *special constitutional protection*, que impide su prohibición, *Constitutional law*, Emanuel Publishing Corp., Larchmont 1997, pp. 177 y 182) y se sustituyó el parámetro de los trimestres por un límite general de protección que únicamente excluía las normas que establecieran un obstáculo irrazonable o indebida (*undue burden*) a la decisión de la mujer (es decir, las normas que efectivamente privaran a la mujer de la decisión última respecto del aborto). Para una visión del estado de la cuestión, ver DE CRUZ (*op. cit.*, pp. 417-429), EMANUEL (*op. cit.*, pp. 169-195), o FURROW (*et al.*), *op. cit.*, pp. 923-940.

²⁴² Ver al respecto, COHEN (*op. cit.*, pp. 218-222); KELLY (*op. cit.*, p. 515) o SEYMOUR (*op. cit.*, p. 107).

²⁴³ Según recogen BOPP, BOSTROM y MCKINNEY, frente a la aceptación en cinco estados (tres según WEBBER, *op. cit.*, p. 11), estas acciones han sido rechazadas en dieciséis (*op. cit.*, pp. 462-463; veintitrés según LYSAUGHT, *op. cit.*, p. 11). Ver BERENSON (*op. cit.*, p. 901 nota 30) para una lista de los Estados que rechazan esta acción.

²⁴⁴ Una niña y sus progenitores demandan al médico que informó incorrectamente a estos últimos en un diagnóstico preconcepcivo de que cierto defecto del riñón que sufría un anterior descendiente de la pareja no era hereditario, resultando su nacimiento con tal afección. Se concedió indemnización a la niña sobre la existencia de un derecho a nacer como un ser humano funcional. La decisión estaba poco fundamentada pero, según COHEN (*op. cit.*, p. 217) fue suficiente para iniciar una doctrina sobre *wrongful life*. Posteriormente el Tribunal de Apelación de New York revocó esta línea argumental en el caso *Becker v. Schwartz*.

²⁴⁵ Una niña demanda a unos laboratorios que no informaron a sus progenitores que eran portadores de una enfermedad de tipo genético (la enfermedad Tay-Sachs). Reconocido un deber frente al *nasciturus*, se concedió indemnización por el dolor y sufrimiento que soportaría la niña durante su limitada vida y los gastos necesarios para su cuidado y atención. El daño no se centró en el defecto, sino en el nacimiento y la vida enferma.

²⁴⁶ Los médicos no diagnosticaron la sordera total hereditaria del primer hijo de los demandantes y, consecuentemente, no informaron de ello a los progenitores, quienes concibieron un segundo hijo que nació igualmente sordo. Los padres interpusieron demanda en nombre de su hijo, y el tribunal Supremo de California, revocando la jurisprudencia iniciada en el caso *Curlender*, concedió indemnización únicamente por los *special damages* (fue el primer caso resuelto por una corte estatal suprema). El juez Mosk, no obstante, emitió un voto particular contra esta opinión —que consideraba inconsistente—, aconsejando retomar la línea anterior.

²⁴⁷ Una madre con epilepsia, que tomaba ciertos medicamentos durante el embarazo, dio a luz dos hijos con deficiencias físicas y psíquicas. La demanda se interpuso en nombre del segundo niño contra los médicos que no informaron ni descubrieron los riesgos aparejados a la medicación tras el primer nacimiento.

²⁴⁸ Conforme con esta solución se muestran COLLINS (*op. cit.*, p. 707) y STEINBOCK (*op. cit.*, p. 20).

de la mujer²⁴⁹. La aceptación, sin embargo, tampoco es unánime, ya que existe un pequeño número de tribunales que niegan esta demanda sobre la base de argumentos principalmente ideológicos, como los ya analizados²⁵⁰.

En todo caso, donde no existe acuerdo es en materia de indemnización. Así, no es unánime la concesión de indemnización a los progenitores por el daño personal sufrido (*emotional distress*)²⁵¹. Por lo que respecta al daño patrimonial, la mayoría de los tribunales sólo admiten la indemnización por los gastos especiales o extraordinarios²⁵², otras los limitan por razón de la edad del niño²⁵³.

4. Otra peculiaridad del tratamiento de estas acciones en Estados Unidos reside en el hecho de que en algunos estados se han aprobado leyes que limitan o impiden este tipo de demandas²⁵⁴. No obstante, su constitucionalidad, en cuanto a conformidad con el parámetro

²⁴⁹ . Según indica WEBBER (*op. cit.*, p. 11), se acepta en veintisiete estados y se rechaza en tres.

La relación entre el reconocimiento del aborto como derecho y la consiguiente aceptación de este tipo de acciones de responsabilidad es puesta de relieve por numerosos autores (entre ellos, BERENSON, *op. cit.*, p. 895; CAPRON, *op. cit.*, p. 635 y 647 o GOLD, *op. cit.*, p. 1015), así como por la jurisprudencia (casos *Berman v. Allan*; *Robak v. United States*; *Smith v. Cote* y *Speck v. Finegold*). En cambio, BOPP, BOSTROM y MCKINNEY (*op. cit.*, pp. 468-502) tratan de demostrar que realmente el caso *Roe v. Wade* no apoya las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, pues ni genera un derecho como el que se encuentra tras la reclamación de las acciones de *wrongful birth* (lo que se reconoció fue la no injerencia en el ámbito de la intimidad de la mujer por parte del Estado: una *immunity*, según el parámetro de Hohfeld —o un *privilege*, según PACE, *op. cit.*, p. 163— que en cualquier caso le impide reclamar de los profesionales una determinada conducta), ni los intereses que se contemplaban en tal supuesto eran los mismos que se plantean en las acciones aquí estudiadas. En la misma línea, KELLEY (*op. cit.*, p. 959) niega que el rechazo de estas acciones sea una interferencia con el derecho de la mujer a la contracepción o el aborto, ya que la Constitución no requiere la garantía de un derecho a indemnización.

²⁵⁰ . Entre otros, *Atlanta Obstetrics & Gynecology Group v. Abelson*; *Howard v. Lecher*; *Wilson v. Kuenzi*.

²⁵¹ . Frente a la aceptación en los casos *Berman v. Allan*; *Blake v. Cruz*; *Eisbrenner v. Stanley*; *Philips v. United States*; *Keel v. Banach*; *Greco v. United States* y *Schroeder v. Perkel*, se rechazan en *Becker v. Schwarz*; *Dumer v. St. Michael's Hospital*; *Duplan v. Harper*; *Howard v. Lecher* o *Smith v. Cote*. Según CAPRON (*op. cit.*, pp. 640-641), tal rechazo proviene de la aplicación de la regla de la «zone of physical danger» (daños por *shock*), según la cual el dañado indirecto sólo tiene derecho a reparación cuando él mismo se encontraba en peligro físico por el daño que amenaza al dañado directo. Ahora bien, el autor considera que sí debería afirmarse tal daño moral (p. 645). De hecho, la doctrina se muestra en general favorable (FURROW, *et al.*, *op. cit.*, p. 919 o KELLY, *op. cit.*, p. 514).

²⁵² . Según JACKSON («Action...», p. 589), son veintiocho estados los que niegan la indemnización por los gastos generales de alimentación del niño. Ejemplos de la concesión de gastos especiales se encuentran en *Arche v. United States*; *Jacobs v. Theimer*; *Keel v. Banach*; *Liddington v. Burns*; *Siemieniec v. Lutheran General Hosp.* o *Smith v. Cote*. Frente a estas sentencias, en el caso *Robak v. United States* se concedió indemnización por todos los gastos generados por el niño.

²⁵³ . Por ejemplo, *Bani-Esraili v. Lerman* y *Arche v. United States*.

²⁵⁴ . Rechazan tanto las acciones de *wrongful birth*, como las de *wrongful life*: Dakota del Sur (SD Codified Laws Ann. §§ 21-55-1 a 21-55-4; 1987); Idaho (Idaho Code § 5-334; Supp. 1989); Indiana (Ind. Code Ann. § 34-1-1-11; Burns Supp. 1989); Minnesota (Minn. Stat. Ann. § 145.424 (1)-(2); West 1989); Missouri (Mo. Ann. Stat. § 188.130-1; Vernon Supp. 1898); Pennsylvania (42 Pa. Cons. Stat. § 8305) y Utah (Utah Code § 78-11-24; 1987). Por su parte, Dakota del Norte rechaza únicamente la acción de *wrongful life* (N.D. Cent. Code § 32-03-43).

fijado en el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (que excluye los obstáculos irracionales o indebidos a la decisión de la mujer), resulta debatida²⁵⁵. De hecho, se dice que el sentido de estas normas no se justificaba tanto por estas acciones en concreto, como en intentos de prohibir o limitar el derecho al aborto²⁵⁶.

Por otra parte, también hay que señalar que el estado Maine ha reconocido de forma expresa la posibilidad de reclamar tanto por *wrongful birth* como por *wrongful life*²⁵⁷. Por tanto, no existe una solución concluyente o definitiva.

2.3.1.2. Gran Bretaña

En general, el texto sobre el que se apoya el rechazo de estas acciones es parecido al siguiente: «there shall be no cause of action on behalf of any person based on the claim that but for an act or omission, a person would not have been permitted to have been born alive but would have been aborted». Sobre este texto, ver GANTZ (*op. cit.*, pp. 818-819); sobre estas leyes, en general, ver también «Note...», p. 2019; DOBBS (*op. cit.*, p. 793) o TEFF (*op. cit.*, p. 426, nota 23).

²⁵⁵ . Pese a que se han rechazado las acciones en contra de la constitucionalidad de este tipo de leyes (casos *Hickman v. Group Health Plan, Inc.*; *Edmonds v. Western Pa. Hosp. Radiology Assocs* y *Dansby v. Thomas Jefferson Univ. Hosp.*), son diversos autores los que se muestran contrarios a ellas. Los argumentos son también variados: imposición a la mujer de una carga que no se justifica por un interés preponderante, injerencia en la relación médico-paciente; violación del derecho de intimidad de la pareja a la que se le impide la adopción de decisiones... (ANDREWS, *op. cit.*, pp. 160-161; DONOVAN, *op. cit.*, p. 65; GANTZ, *op. cit.*, pp. 797 y 821-825 y «Note...», pp. 2023-2034). Los constitucionalistas hablan incluso de discriminación por razón de sexo, en la medida en que se trata de normas que limitan únicamente la decisión sobre la concepción a las mujeres (ver al respecto, GOLD, pp. 1017-1023; EMANUEL, *op. cit.*, pp. 173-174 y SUNSTEIN, *The partial constitution*, Harvard University Press, Cambridge-London 1993, pp. 260, 270-285). Todo ello enmascara un rechazo de la normativa del aborto y crea el obstáculo (*undue burden*) a la interrupción del embarazo contrario a la Constitución.

Frente a ellos, BOPP, BOSTROM y MCKINNEY (*op. cit.*, pp. 485-492) destacan cómo la existencia de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* interfieren de hecho en las posibilidades de decisión de las mujeres que se ven abocadas al aborto bien por los médicos, por las pruebas no fiables o por presiones económicas e incluso sociales o de reclamación de responsabilidad por sus propios descendientes.

²⁵⁶ . Así se sostiene en «Note...», pp. 2029, 2034 y por FURROW (*et al.*), *op. cit.*, p. 913. En apoyo de esta idea se manifiesta que, de hecho, alguna de estas leyes (como la de Minnesota) sólo impide la demanda por diagnóstico prenatal erróneo (donde entra en juego el aborto), pero nada dice del diagnóstico preconcepcional erróneo; o que sólo se limita esta libertad de decisión en relación a casos en que se plantea un aborto, no en general el nacimiento de un niño discapacitado (en «Note...», p. 2028: «wrongful birth statutes allow recovery for infringement on the parental right to prevent a defective or healthy child from being conceived, but prohibit recovery for infringement on the parental right to prevent a defective child, once conceived, from coming into the world»).

Igualmente, sostienen FURROW, *et al.* (*op. cit.*, p. 913) que estas leyes perseguían evitar la avalancha que se creía que se avecinaría con las demandas aquí estudiadas; pero al no haberse producido tal avalancha en la medida en que se esperaba, se ha ido perdiendo el afán por legislar sobre la materia. Sin embargo, recientemente se promulgó en Michigan una ley para excluir ambas acciones; medida que, según WEBBER (*op. cit.*, p. 12), debería ser seguida por otros Estados.

²⁵⁷ . Maine: Me. Rev. Stat. Ann. Tit. 24 § 2931 (3) (West Supp. 1989), aunque lo limita al gasto especial y prohíbe la reclamación por el nacimiento de un niño sano.

1. El planteamiento de este tipo de demandas en Gran Bretaña ha sido menos frecuente que en Estados Unidos, aunque el aborto se admite igualmente como derecho de la mujer²⁵⁸. De hecho, el inicio de este tipo de acciones es bastante posterior a su surgimiento en el país norteamericano y, sea por este motivo, o sea por otros (quizá por la mayor resistencia a reconocer la responsabilidad médica²⁵⁹), lo cierto es que es mucho menor el número de sentencias sobre el tema.

2. Concretamente, sólo se ha planteado, que sepamos, una reclamación de responsabilidad por *wrongful life* (caso *McKay v. Essex AHA*²⁶⁰). En este caso se rechazó la demanda planteada en nombre de la niña afectada por considerar contrario al orden público la existencia de un deber de los médicos de impedir el nacimiento y por estimar que no es un daño el simple hecho de nacer (o que, en todo caso, no se puede valorar). No obstante, existen algunas opiniones favorables al reconocimiento de la demanda del niño²⁶¹.

3. Por lo que respecta a las acciones de *wrongful birth*, no se han planteado casos en que se analicen las bases de estas demandas; la atención se ha centrado generalmente en los supuestos de *wrongful conception*²⁶². Sin embargo, son varias las sentencias que han reco-

²⁵⁸ . El aborto, según el Juez Stephenson en el caso *McKay v. Essex AHA*, da a las mujeres el derecho a terminar con la vida de sus niños no nacidos, siendo asistidas por médicos. La Abortion Act 1967 permite el aborto en determinados casos de riesgo para la madre o el niño. Respecto de este último, se establece como motivo de aborto, sin límite de tiempo, el supuesto de que exista riesgo de que el niño vaya a nacer con anomalías físicas o mentales que lo discapaciten seriamente: sección 1(1)(d). Otra importante característica de la ley de 1967 es que no impone a los médicos el deber de practicar abortos, sino que se permite la objeción de conciencia —sección 4(1)—, si bien sí existe el deber frente a la madre de advertirle de que en sus circunstancias tiene el derecho de abortar: sección 4(2).

²⁵⁹ . Así lo aventura TEFF, que pone de relieve cómo en Gran Bretaña existe una cierta resistencia a imponer un elevado parámetro de diligencia, ante el temor de las posibles consecuencias (pp. 423, nota 3 y 424). No obstante, el autor muestra confianza en que esta situación cambie ante la creciente crítica abierta a las negligencias médicas.

²⁶⁰ . Una mujer contrajo durante el embarazo la rubéola; enfermedad que fue negligentemente diagnosticada y tratada (en cuanto a las pruebas practicadas y la falta de información recibida al respecto). Como resultado de tal enfermedad, nació una niña con diversas discapacidades (entre ellas, ceguera parcial y sordera), que interpuso demanda en reclamación del daño que supuso el no tratar a tiempo la rubéola, así como por el hecho de haber nacido discapacitada. Esta sentencia no sólo se consideró novedosa, sino que también se señaló la ausencia de precedente entre los tribunales del Reino Unido. Dos de los jueces (Stephenson y Griffiths) citaban en su apoyo la jurisprudencia estadounidense, si bien, como ya hemos visto, en este punto no es uniforme, por lo que difícilmente puede servir de base.

²⁶¹ . Entre ellas la de JACKSON («Action...», pp. 610-613 y «Wrongful...», pp. 360 y 381 que, en contra de la tendencia general, aconseja la aceptación de las demandas de *wrongful life* —cuyo reconocimiento no es sólo posible, sino también «highly desirable»— y el rechazo de las de *wrongful birth*) y la de WHITFIELD (*op. cit.*, p. 680, que apoya el reconocimiento de una indemnización por la pérdida patrimonial únicamente), así como las que veremos respecto de la interpretación de la *Congenital Disabilities (Civil liability) Act 1976*.

²⁶² . Respecto de estas últimas, en la actualidad se acepta la acción, aunque con limitación de los gastos indemnizables. Ver en especial el caso *McFarlane v. Tayside Health Board*, en que se acepta por primera vez la indemnización a la madre por el daño y el sufrimiento derivado del embarazo, así como el daño económico

nocido la acción, sin poner en duda su validez —sobre la base de la pérdida de la oportunidad de elegir no concebir o elegir abortar—, sin llegarse a pronunciar al respecto²⁶³.

La doctrina ha estudiado algo más el tema, inclinándose en general los autores por admitir la reclamación de responsabilidad ejercitada por los progenitores a los cuales no se les informó de los males o defectos que podía sufrir su futura descendencia²⁶⁴. El orden público, sin embargo, se emplea también en ocasiones como criterio para rechazar las demandas de *wrongful birth*, por lo que la aceptación de las mismas tampoco es unánime.

4. El escaso interés que suscitan estas acciones, ante la limitada incidencia práctica de las mismas, ha llevado a una ausencia de normativa sobre el tema. Sí existe una norma de regulación de los supuestos de causación directa de daños a los *nascituri*, la *Congenital Dissabilities (Civil Liability) Act 1976*. En ella se establece la indemnización por este tipo de daños al propio niño afectado cuando éstos fueron ocasionados por los profesionales sanitarios²⁶⁵; pero parece que no se indica nada respecto del caso en que la negligencia de los profesionales se produzca con relación al diagnóstico emitido. Por tanto, parece que, en principio, no se pronuncia sobre el caso de las acciones de *wrongful life*²⁶⁶.

consiguiente; pero se rechaza la indemnización por los costes de crianza de un niño sano. Otros ejemplos en los casos *Sciuriaga v. Powell*; *Thake v. Maurice* y *Emeh v. Kensington AHA* (para un resumen de los hechos, ver SYMMONS, *op. cit.*, pp. 274-275).

²⁶³ . Es decir, se han planteado en ocasiones demandas de *wrongful birth*, cuya validez no es puesta en duda, pero se han rechazado en el caso concreto por no concurrir el presupuesto de la responsabilidad (por ejemplo, por no ser posible el aborto en el caso concreto): casos *Fish v. Wilcox*; *Gregory v. Pembrokeshire HA*; *Rance v. Mid-Downs HA*; *Salih v. Enfield*. Por ello, según JACKSON («Action...», p. 589), esto no debe llevar a considerar que estas acciones se rechazan, pues no se han estudiado nunca de forma general.

²⁶⁴ . Ver por ejemplo, GRUBB (*op. cit.*, pp. 278-281) y KENNEDY y GRUBB (*Medical...*, pp. 1586-1589). Sugieren estos últimos autores el caso estadounidense *Harbeson v. Parke-Davis* como modelo para el tratamiento de estas acciones en Inglaterra y citan, en concreto, una sentencia escocesa en la que se trató este tipo de acciones, concediéndose la indemnización por los costes extraordinarios (*Anderson v. Forth Valley Health Board*). Sin embargo, sugieren que la indemnización podría ampliarse a todo coste razonablemente previsible por la crianza (pp. 1592-1593).

²⁶⁵ . Según el artículo 1, sección 1, «If a child is born as the result of such an occurrence before its birth as is mentioned in subsection (2) below, and a person (other than the child's own mother) is under this section answerable to the child in respect of the occurrence, the child's disabilities are to be regarded as damage resulting from the wrongful act of that person and actionable accordingly at the suit of the child». De todas formas, señalan GRUBB (*op. cit.*, p. 277) y LUNNEY y OLIPHANT (*op. cit.*, p. 110) que la acción del niño es derivativa respecto de la de los padres.

²⁶⁶ . Se alude en ocasiones al informe ya mencionado de la Comisión jurídica de 1974 (*Report on Injuries to Unborn Children*), en el que se señala que no deberían admitirse las demandas de *wrongful life*, ya que colocaría una carga intolerable en los profesionales sanitarios en su papel social y moral. Por ello se suele indicar que la interpretación de la citada norma debe ser favorable al rechazo (entre otros, STÜRNER, *op. cit.*, p. 321 y WEBER, *op. cit.*, p. 52). En concreto, esta interpretación se extrae de la *Section 1(2)b*, que indica que la norma es aplicable a aquellos eventos que «affected the mother during her pregnancy, or affected her or the child in the course of its birth, so that the child is born with dissabilities which would not otherwise have been present» (así lo indica, por ejemplo, D'ANGELO, *op. cit.*, p. 171).

No obstante, hay que advertir que algunos autores sostienen que en *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* se encuentra la base para ciertas reclamaciones por *wrongful life* (en concreto, con los relacionados con un diagnóstico preimplantatorio²⁶⁷). Por otra parte, una interpretación de los términos empleados por la ley respecto del resto de los supuestos que regula lleva a estos autores, incluso, a deducir de la norma citada la admisión de las acciones de responsabilidad entabladas por el niño²⁶⁸. Así, de nuevo nos encontramos con una cuestión que no está tan clara como inicialmente parece.

2.3.1.3. Francia

1. El caso francés resulta especialmente interesante por la evolución que se ha producido en ese país respecto de las acciones de *wrongful life* y *wrongful birth*. Partiendo de la existencia de un aborto de dudosa calificación como derecho²⁶⁹, en un inicio, tanto la

Frente a ello, sostiene JACKSON («Wrongful...», pp. 366-368) que la posición de la *Congenital Disabilities (Civil liability) Act 1976* frente a las acciones de *wrongful life* es de neutralidad: la ley no se refiere específicamente a las acciones de *wrongful life*, puesto que regula el caso de las lesiones prenatales (mientras que en las acciones aquí estudiadas la reclamación proviene de la falta de consejo del profesional sanitario). Por ello, no se puede decir que queden excluidas por la ley.

²⁶⁷. La sección 1 A (incluida por una reforma de 1990), que regula la indemnización al niño de los daños ocasionados en el contexto de la reproducción asistida, abre la posibilidad, a juicio de WHITFIELD (*op. cit.*, p. 686), de englobar en su seno algún supuesto de *wrongful life*. En concreto, los supuestos en que el mal del niño procediera de un defecto del preembrión o del material genético empleado que no hubiera sido detectado por el profesional sanitario antes de la concepción (sección 1 A (1) b). Esta opinión es compartida por JACKSON («Wrongful...», p. 369).

²⁶⁸. Así, tanto GRUBB (*op. cit.*, p. 280), como KENNEDY y GRUBB (*Medical...*, pp. 1551-1552) aventuran la posibilidad de que algunos supuestos de *wrongful life* puedan entrar en tal ley a partir de una interpretación del *Common law* y del artículo 1 (2) (a) (que indica la aplicabilidad de la norma a aquellos eventos que «affected either parent of the child in his or her ability to have a normal, healthy child»), sobre la base de que el término «ability» puede ser entendido no sólo como «physical capacity», sino también como «opportunity». Añade a esto el autor la posibilidad de reclamar no por el hecho de la discapacidad (lo que excluye la sección 4 (5), sino por los gastos asociados a ello (*ibidem*).

²⁶⁹. La negativa a la calificación del aborto como derecho en el caso francés proviene de quienes sostienen que la terminación de una vida ajena no puede constituir un derecho y que la falta de penalización de esta conducta no se ha de identificar como algo más que una mera tolerancia de una excepción puntual (LUCIANI, *op. cit.*, p. 18; SÉRIAUX, *Droit...*, p. 474-475; THOUVENIN, *op. cit.*, pp. 408-409 y 422). Pese a ello, algunos de estos autores (en concreto SÉRIAUX, «Jurisprudence Perruche: une proposition de loi ambiguë», *Recueil Dalloz*, 14 de febrero de 2002 (7), p. 580) ven en el reconocimiento de las acciones aquí planteadas un giro de la *Cour de Cassation*, que pasa a admitir un derecho de obligar a los que no dan a la mujer la ocasión de abortar, a asumir la responsabilidad por los efectos del nacimiento de un niño enfermo.

Con anterioridad a tal sentencia, sin embargo, ya había una serie de autores que calificaban como derecho la posibilidad de interrupción del embarazo ofrecida a la mujer por la Ley de 19 de enero de 1975 (entre otros, AUBERT, «Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être. À propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000», *Le Dalloz*, 2001, p. 490; CHABAS, «Note...», p. 2311; DUGUET, «Wrongful life: the recent French Cour de Cassation decisions», *European Journal of Health Law*, 2002 (9), p. 141 o TERRE, SIMLER y LEQUETTE, *op. cit.*, p. 638).

Cour de Cassation (sentencia de 25 de junio de 1991), como el *Conseil d'État* (Decisiones de 2 de julio de 1982 y 27 de septiembre de 1989), se enfrentaron a acciones de *wrongful conception*, rechazándolas generalmente cuando a través de ellas se reclamaba indemnización por el hecho mismo del nacimiento.

2. Al mismo tiempo, esta línea jurisprudencial abrió la puerta a las acciones que aquí nos ocupan, pues el citado rechazo admitía implícitamente que la vida o el nacimiento pudieran ser un daño en presencia de «circonstances ou situations particulières» que agravaran las cargas normales de la maternidad. Entre estas circunstancias se entendían, junto a otras, los nacimientos de niños con deficiencias o malformaciones²⁷⁰. A partir de este punto, se pasó a reconocer —tanto por parte de la *Cour de Cassation*, como del *Conseil d'État*— la existencia de una acción de *wrongful birth* a favor de los progenitores en reparación del daño patrimonial y del daño moral²⁷¹.

3. La acción de *wrongful life*, sin embargo, fue rechazada en sus inicios, si bien ya desde dos sentencias de 26 de marzo de 1996 admitió la *Cour de Cassation* que los progenitores no sólo podían ejercitar la acción de responsabilidad en su propio nombre, sino también en el del hijo. Tal apertura, no obstante, no fue seguida por el *Conseil d'État*, que negó la acción en nombre del hijo por falta de los elementos necesarios para apreciar la responsabilidad (sentencia de 14 de febrero de 1997)²⁷².

La confusión se completa cuando se encuentran opiniones, como las de FINEL (*op. cit.*, p. 227) o SARGÓS (*op. cit.*, p. 2297), que prefieren calificar de libertad esta opción (más o menos discrecional, según cada autor); o autores como JOURDAIN, que tan pronto habla de «la faculté d'interrompre la grossesse» («La naissance...», p. 754), como de «droit d'avorter» (p. 755).

²⁷⁰. En palabras de la *Cour de Cassation* (sentencia de 25 de junio de 1991), «l'existence de l'enfant qu'elle a conçu ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice juridiquement réparable [...] en l'absence de dommage particulier qui, ajouté aux charges normales de la maternité, aurait été de nature à permettre à la mère de réclamer une indemnité». Igualmente, por parte del *Conseil d'État*, en decisión de 27 de septiembre de 1989, se definían las circunstancias especiales como casos de malformaciones y desventajas, así como nacimientos resultantes de violación o incesto.

A partir de ahí, la doctrina comenzó a interpretar la referencia «à elle seule» como una admisión implícita de que cuando el nacimiento iba acompañado de determinadas circunstancias, sí podía ser considerado como daño para la madre (entre otros, JONAS, *op. cit.*, p. 15; MALICIER, MIRAS, FEUGLET y FAIVRE, *op. cit.*, pp. 273-274; MATHIEU, *op. cit.*, p. 385; PÉCRESE, *op. cit.*, p. 377; PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, 2ª edición, Dalloz, París 1996, p. 29 o VINEY y JOURDAIN, *Traité...*, p. 13).

²⁷¹. Así lo destaca FINEL (*op. cit.*, pp. 226-228). Este cambio jurisprudencial se aprecia en las sentencias de la *Cour de Cassation* de 26 de marzo de 1996 (dos sentencias de igual fecha) y en las sentencias del *Conseil d'État* de 14 de febrero y 20 de julio de 1997. La jurisprudencia menor ya anteriormente seguía esta línea (entre otras, sentencias del TGI de Montpellier, de 15 de diciembre de 1989, o del TGI de Metz, de 22 de diciembre de 1994).

²⁷². En concreto, fallaba la relación de causalidad, como señalan ALLOITEAU (*op. cit.*, pp. 31 y 32); LUCIANI (*op. cit.*, p. 18) o SONNENBERGER (*op. cit.*, p. 1417). El primer autor, no obstante, manifiesta sus dudas acerca

Sin embargo, el 17 de noviembre de 2000 la jurisprudencia dio un giro al aceptar la *Cour de Cassation* una demanda de responsabilidad por *wrongful life* y conceder indemnización al niño afectado²⁷³. Tal fallo fue repetido por la *Cour de Cassation* en tres sentencias de 13 de julio de 2001, en que se definió el ámbito de esta responsabilidad, limitándolo al supuesto en que el aborto hubiera sido posible (de acuerdo con la ley) y, posteriormente, en otras dos sentencias de 28 de noviembre de 2001²⁷⁴.

La reacción a estas dos sentencias no se hizo esperar. Como ya se ha relatado, los técnicos de diagnóstico prenatal y los ginecólogos comenzaron una huelga desde 1 de enero de 2002 en protesta por este tipo de fallos, a la vez que las asociaciones de familiares de discapacitados protestaban por el efecto que podían tener tales fallos sobre la concepción social frente a los discapacitados²⁷⁵. El Parlamento francés se vio obligado a pronunciarse sobre la cuestión, y lo hizo a través de la Ley 2002-303, de 4 de marzo, *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* (en lo sucesivo, Ley 2002-303)²⁷⁶.

de si no se tiene en cuenta de forma indirecta en tal decisión la acción del niño, al establecer la misma la indemnización a los padres como una renta mensual durante toda la vida del hijo.

²⁷³ . Se trata del famoso caso Perruche: La madre solicitó diagnóstico respecto del contagio de rubéola que era padecida por una de sus hijas durante el tiempo del embarazo. Conocía los riesgos de malformaciones del feto aparejados a esa enfermedad y declaró a los médicos que abortaría en caso de que el resultado fuera positivo. Pese a que realmente se había contagiado de tal enfermedad, su médico le diagnosticó la ausencia de contagio al feto, tras recibir los resultados de los análisis que habían sido practicados por un laboratorio. Como resultado del contagio, el niño nació con graves malformaciones neurológicas y cardíacas.

Los padres ejercitaron demanda de *wrongful birth* y *wrongful life* frente al médico y al laboratorio. La demanda de *wrongful birth* fue concedida por el TGI d'Evry (sentencia de 31 de enero de 1992) y confirmada por la *Cour de Paris* (sentencia de 17 de diciembre de 1993), pasando a constituir cosa juzgada. En cambio, la acción de *wrongful life*, concedida inicialmente por el Tribunal, fue revocada por la *Cour de Paris* (no era un daño reparable el sufrido por el niño). La sentencia de 26 de marzo de 1996 de la *Cour de Cassation* revocó tal sentencia porque el problema se encontraba en la relación de causalidad. Habiendo reenviado la acción a la *Cour d'Orléans*, negó ésta la existencia de daño y de relación de causalidad (sentencia de 5 de febrero de 1999). Finalmente, en la sentencia de 17 de noviembre de 2000, la *Cour de Cassation* declaró que el daño del niño estaba relacionado causalmente con la falta cometida. Para el relato de estos hechos, ver SARGÓS (*op. cit.*, pp. 2293-2294).

²⁷⁴ . Ver al respecto, DUGUET (*op. cit.*, pp. 143-146).

²⁷⁵ . Paralelamente, el *Comité consultatif national d'éthique* pronunció una recomendación el 29 de mayo de 2001 en que se recordaba la solidaridad frente a los discapacitados y la libertad de decisión de la madre. En este sentido, el reconocimiento de la acción de *wrongful life* podría crear una presión normativa sobre los padres y los profesionales sanitarios (ver al respecto, DUGUET, *op. cit.*, p. 142 y SONNENBERGER, *op. cit.*, p. 1420). Igualmente, hubo tribunales inferiores que se resistieron a esta jurisprudencia y negaron su aplicación (*Cour d'Appel Aix en Provence*, 21 de marzo de 2001 y *Cour d'Appel Orleans*, 22 de octubre de 2001).

²⁷⁶ . Esta ley, aprobada por 244 diputados, fue el resultado de uno de los cuatro proyectos de ley que se presentaron al Parlamento francés tras las sentencias señaladas. Como destaca SEUBA TORREBLANCA («Breve presentación de la ley francesa 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario», *www.indret.com*, 02/2002, p. 4), «el proyecto de Ley originario no incluía la descrita regulación, sino que fue introducida durante la rápida tramitación del Proyecto de Ley (presentada a principios de septiembre de 2001)».

El artículo 1 de la citada ley recoge la regulación de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. En concreto, rechaza las demandas de *wrongful life* y remite la indemnización al niño al sistema de *solidarité nationale*. En cambio, acepta la demanda por lesiones prenatales directas y la de *wrongful birth* en reclamación de los daños sufridos por los progenitores, aunque limitando la indemnización a los daños que ellos mismos sufran²⁷⁷.

Con ello, en principio, se pone fin a la polémica en Francia. Sin embargo, algunos autores, como SÉRIAUX, lo ponen en duda. El tenor literal del artículo 1 permite la continuación de la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* sobre las acciones de *wrongful life*²⁷⁸. Aunque este autor señala que es posible que los magistrados decidan, por propia voluntad, dar un cambio a la jurisprudencia en el sentido en que parece inclinarse la Ley 2002-303, no hay que confiar en ello, pues la admisión explícita en el artículo 1 de la acción de *wrongful birth*, consagra la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* (que parte de que ambas acciones comparten el mismo daño, visto desde la perspectiva de los padres, y, sobre todo, el mismo nexo causal entre la negligencia médica y el daño).

4. En todo caso, hay que señalar que la existencia de una norma en la cual se rechaza la aplicación de responsabilidad es muy importante de cara a nuestro sistema (que, básicamente, responde al mismo esquema de responsabilidad que el francés). Lejos de zanjar la cuestión, el hecho de que haya debido ser el legislador el que haya de intervenir para rechazar estas acciones parece demostrar que, sobre la base de la regulación tradicional de la responsabilidad, éstas pueden llegar a admitirse.

²⁷⁷ . «Article 1er: 1. Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer.

Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale [...].».

²⁷⁸ . La argumentación es la siguiente: en las acciones de *wrongful life* lo que se reclama no es la vida del discapacitado («un préjudice du seul fait de sa naissance», dice el mencionado artículo), sino la vida discapacitada («la vie de handicapé: les souffrances physiques et morales ainsi que les multiples dépenses qu'occasionnent l'infirmité»). Puede que se considere una distinción de matiz, pero según el mencionado autor, es factible («Jurisprudence...», p. 579). De hecho, añade SÉRIAUX que lo dispuesto en el párrafo segundo (lesiones prenatales) también apoya la anterior jurisprudencia de la *Cour de Cassation*: «pour la Cour de cassation, les erreurs de diagnostic et les carences d'information qu'elles ont engendrées ont, elles aussi, "directement" causé l'ensemble des préjudices liés au handicap. Dès lors, sauf à interpréter dans un sens restrictif le verbe "provoquer", interprétation qui ne s'impose d'ailleurs pas, la Haute juridiction trouvera très explicitement dans cet al. 2 de quoi persévérer dans sa jurisprudence, si elle le souhaite».

2.3.1.4. Italia

1. Como ya se anunció, el caso italiano es especial. En principio, la existencia en dicho país de un sistema de aborto que sigue el modelo de los sistemas de motivos o indicaciones, en el que no se incluye el aborto embriopático puro, sino únicamente en la medida en que se pone en peligro la salud física o psíquica de la madre —por tanto, sin entidad propia—, debería excluir del mismo los supuestos planteados en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*²⁷⁹.

Al menos, tal circunstancia debería eliminar desde un principio el planteamiento de una acción de responsabilidad por *wrongful birth* o *wrongful life* prenatal. La falta de información a los progenitores sobre los defectos o malformaciones de su descendencia concebida y no nacida no impide a la madre decidir si interrumpir o no el embarazo: esta posibilidad no estaba a su alcance más que si tales defectos ponían en peligro su propia salud. Del mismo modo, el niño afectado no puede reclamar porque hubiera preferido que se evitara su nacimiento, ya que no era lícito recurrir al aborto en el caso planteado²⁸⁰.

2. Por otra parte, cuando se plantea el caso de que las enfermedades o defectos del niño de los que no se informa a los progenitores sí ponen en peligro la salud de la mujer,

²⁷⁹ . La ley reguladora del aborto (nº 194, de 22 de mayo de 1978), únicamente permite en su artículo 4 la interrupción voluntaria del embarazo dentro de los primeros tres meses por la existencia de ciertas circunstancias que pongan en serio peligro la salud física o psíquica de la madre; y en su artículo 6, la interrupción del embarazo más allá de los primeros tres meses si se amenaza de forma grave la vida o la integridad física o psíquica de la mujer, sobre la base de criterios exclusivamente médicos. Por tanto, el aborto embriopático sólo se permite en relación con el terapéutico; esto es, si las malformaciones del feto suponen un peligro grave para la salud física o psíquica de la madre (artículo 6.1.b). Según define la sentencia del *Tribunale di Perugia* de 7 de septiembre de 1998, la condición de gravedad se refiere a una situación cuyos componentes objetivos y subjetivos induzcan a pensar como altamente probable (casi con certeza) que la mujer perderá su salud física o psíquica.

Como resalta la sentencia de 24 de marzo de 1999 de la *Corte di Cassazione*, con ello no se somete a la voluntad de la madre la interrupción del embarazo, sino que es necesaria la presencia de determinadas condiciones: «non è sufficiente la presenza di anomalie o malformazioni del nascituro, ma è necessario che tale presenza determini processi patologici consistenti in un “grave” pericolo per la salute fisica o psichica della madre». La acreditación de este peligro ha de ser realizada por la madre..

Frente a ello, sin embargo, hay que señalar que algunos autores (CONTE, en concreto; *op. cit.*, p. 671) consideran que durante los primeros tres meses el aborto es libre, opinión que contradice el tenor del artículo 4 de la Ley nº 194, en tanto que se condiciona la facultad de aborto a la demostración de que el nacimiento del niño conlleve «serio pericolo per la sua salute fisica o psichica», que se constituye como elemento principal.

²⁸⁰ . Esta negación parece que se reconoce por la sentencia del *Tribunale di Roma* de 13 de diciembre de 1994, cuando excluye la responsabilidad por el hecho de que las malformaciones de la niña nacida no habrían permitido el aborto, conforme a la ley italiana, por lo cual debe afirmarse, «l’assoluta indifferenza dell’operato dei sanitari rispetto alla nascita della bambina». E igualmente, la *Corte di Cassazione* de 24 de marzo de 1999, cuando afirma: «la violazione da parte dei sanitari dell’obbligo di informazione circa le possibili mal-

hay que admitir que ésta podría reclamar ciertamente un daño por haber sido privada de su decisión sobre la interrupción del embarazo; pero tal reclamación no sería propiamente una acción de *wrongful birth*. La razón es que el riesgo del que buscaba proteger a la mujer la normativa reguladora del aborto que ha sido vulnerada no era el que viene aparejado al nacimiento de un niño enfermo o deficiente, sino el que se crea frente a su propia salud²⁸¹.

Por tanto, no es el nacimiento del niño lo que entra en consideración a la hora de determinar el daño producido, sino la lesión del derecho a la salud o a la integridad física de la mujer producido por la conducta negligente del profesional que le sometió a un riesgo respecto del cual ella podría haber decidido si asumirlo o no²⁸².

3. Lo cierto es, sin embargo, que se han planteado casos de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* en relación a fallos de información sobre el estado de salud del embrión o feto²⁸³, sobre la base de una pretendida lesión de la libertad de autodetermi-

formazioni del nascituro non è sufficiente a giustificare il risarcimento del danno conseguente alla lesione del diritto a l'interruzione della gravidanza».

²⁸¹ . Efectivamente, como veremos más tarde, el problema planteado en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* se centra en que la actuación del profesional sanitario no permite evitar el riesgo para el cual se ha establecido la opción del aborto. Así, nace un niño discapacitado que impone una carga a sus progenitores; carga que éstos podrían haber evitado a través de la interrupción del embarazo. Cuando, por el contrario, el aborto persigue garantizar la salud de la mujer, la privación de la decisión de aborto lo que vulnera es tal garantía, de manera que la concreción del daño se produce con la lesión a la integridad o a la vida de la mujer. Si es la salud de la mujer lo que se protege, que el niño nazca o no sano no se pone en relación con la concreción del riesgo frente al cual se establece la posibilidad de aborto. Como se puede apreciar, se trata, pues, de un daño que no tiene que ver con la problemática típica de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*.

²⁸² . Así afirmó la *Corte di Cassazione* que era el derecho a la salud de la mujer el protegido en la norma en cuestión (sentencia de 8 de julio de 1994). La problemática de estos casos, por tanto, es diferente a la de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, dado que la reclamación de la mujer no puede centrarse en el estado discapacitado del niño, sino en el propio riesgo que ella corrió. Por ello, hay que precisar que las acciones entabladas en estos supuestos por *wrongful birth* y *wrongful life* no se corresponden a las aquí estudiadas: o bien el daño es diferente, o bien no se trata de esta problemática, sino de otra.

²⁸³ . Por poner dos ejemplos, ha de citarse la sentencia del *Tribunale di Roma* de 13 de diciembre de 1994 y la sentencia del *Tribunale di Bergamo* de 2 de noviembre de 1995, ambas sobre error en la interpretación de la ecografía practicada a una embarazada. En la primera se ejercitó tanto la acción de *wrongful birth*, como la de *wrongful life* (siendo ésta última rechazada por falta de relación de causalidad con el hecho de los defectos del niño), y sólo la de *wrongful birth* en la segunda (que resultó estimada por lesión de la libertad de autodeterminación de la madre). En otros casos, como el de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 1 de diciembre de 1998, se afirma la indemnización de todas las partidas de daño, según indica PALMIERI (*op. cit.*, p. 1805 nota 1-2): biológico, a la salud, existencial y económico. Ambos casos son criticables si pretenden ser tratados dentro de las acciones aquí estudiadas.

Como veremos al estudiar el daño, también se ha alegado en ocasiones por los progenitores un daño por el hecho de no haberse podido preparar psicológicamente para el nacimiento de un niño enfermo (PALMIERI, *op. cit.*, p. 1806 nota 1-2). Sirva de ejemplo la sentencia del *Tribunale di Perugia* de 7 de septiembre de 1998, que declara que la falta de información, «ha dato luogo ad una nascita inaspettata di un figlio portatore di handicap con un conseguente ed evidente trauma per i genitori, sicuramente incidente sulla integrità psicofisica dei medesimi. L'apprensione della notizia nel corso della gravidanza avrebbe permesso sicuramente di rinvenire tempestivamente un supporto psicologico e materiale più adeguato, tale da consentire un graduale

nación de la mujer en estos casos (lesión que no se produce cuando realmente no existe una libertad de autodeterminación, como es el caso)²⁸⁴.

Lo que no se impide, de todas formas, es que se planteen demandas en reclamación de este tipo de responsabilidad cuando el supuesto de hecho se plantea en uno de los demás casos; es decir, al margen de un diagnóstico prenatal erróneo. En concreto, no existen obstáculos a la presentación de demandas de *wrongful birth* o *wrongful life* por falsos negativos en diagnósticos preconceptivos o preimplantatorios, ya que respecto de éstos no hay norma restrictiva en el derecho italiano²⁸⁵.

4. Allí donde pueden ser aplicadas, el destino de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* ha seguido básicamente la tónica general en el derecho comparado. Las demandas de responsabilidad por *wrongful birth* se han reconocido en todos los casos en los que se reunieran los presupuestos necesarios para que se hubiera podido acudir al aborto o ejercitar la libertad de procreación (circunstancia que ha de ser acreditada por el demandante). Además, en estos casos se reconoce la indemnización de todo tipo de daño relacionado con el comportamiento negligente del profesional sanitario (económico, biológico y daño a la salud)²⁸⁶.

Por lo que respecta a las del niño, se rechaza la demanda por falta de daño: ni el nacimiento puede ser nunca considerado en sí un hecho injusto determinante de responsabilidad²⁸⁷ ni existe un interés jurídicamente protegido del niño a no nacer²⁸⁸.

adattamento alla situazione onde affrontare la nascita con un ben diverso grado di sensibilizzazione ed accettazione». En la medida en que dentro de tal alegación no se encuentra la pretensión de la privación de la facultad de aborto, ha de considerarse correcta dentro del contexto del derecho italiano, aunque no sea un caso de *wrongful birth*.

²⁸⁴ . Esta explicación de la jurisprudencia como justificación del reconocimiento de este tipo de acciones se deduce de FERRANDO (*Libertà...*, pp. 206-207), que lo establece, de hecho, como *ratio decidendi* de la sentencia del Tribunale di Bergamo de 2 de noviembre de 1995.

²⁸⁵ . La demanda de los progenitores o del niño se centra en el hecho de que no se permitió adoptar una decisión informada respecto de la concepción, por haber sido hurtada información importante respecto de los riesgos que amenazan a la descendencia futura. En tanto que en Italia se predica la libertad de procreación, como libertad de la que son titulares el hombre y la mujer, la actuación negligente del profesional sanitario produce una lesión a tal libertad sobre la cual se pueden establecer las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, sin necesidad de involucrar la regulación del aborto en la materia.

²⁸⁶ . Sirva de ejemplo la ya citada sentencia de la Corte di Cassazione de 1 de diciembre de 1998.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que sólo cuando provenga de un diagnóstico preconceptivo o preimplantatorio el daño aquí indemnizado se podrá relacionar con el estado de salud del niño. De lo contrario, la indemnización únicamente se debería relacionar con la lesión a la integridad física de la mujer, el riesgo sufrido y la privación de la decisión relativa a la interrupción voluntaria del embarazo.

²⁸⁷ . Sentencia del Tribunale di Perugia de 7 de septiembre de 1998: «la nascita, dunque, non può essere mai considerata in sé un fatto ingiusto fonte di responsabilità». Igualmente, CARUSI (*op. cit.*, p. 373), que afirma que no se puede distinguir entre el hecho de la vida y el daño reclamado.

2.3.1.5. Alemania

1. Al igual que en el caso inglés, en Alemania el interés parece haberse centrado principalmente en los casos de *wrongful conception*, que comienzan desde mediados del siglo XX, e inician un encarnizado debate respecto de si debía o no ser indemnizado el nacimiento de un niño no deseado²⁸⁹.

Ahora bien, esto no quiere decir que no hayan suscitado atención alguna las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, que surgen desde 1980 sobre la base del reconocimiento de la posibilidad de aborto²⁹⁰. Sin embargo, en el caso alemán se presenta una particularidad respecto de los anteriores y es que, como ponen de relieve MARKESINIS y UNBERATH, no siempre se ha establecido distinción entre los casos de niños sanos y niños no sanos de cara a la reclamación de responsabilidad²⁹¹. De ahí que en muchas ocasiones se traten conjuntamente los casos de *wrongful birth* y de *wrongful conception* y de ahí que haya de prestarse atención en general a los estudios sobre el *unerwünschtes Kind*, pues en ocasiones se refieren a las acciones aquí estudiadas.

2. La doctrina se ha ocupado en cierta medida de ellas, trasladando en parte el debate planteado en un inicio en torno a las acciones de *wrongful conception* (traslado que no es difícil respecto de los rasgos comunes que comparten estas acciones). Por ello, ha sido

²⁸⁸. Sentencia del *Tribunale di Roma* de 13 de diciembre de 1994. Niega aquí también el tribunal la existencia de una relación de causalidad entre la conducta negligente del médico y las malformaciones, así como, en general, la reclamación del niño. En el mismo sentido parecen manifestarse CONTE («Dovere d'informazione e danno biologico: uno strano connubio», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1995 (2), p. 669) y FERRANDO («Nascita...», p. 243 y *Libertà...*, p. 226).

²⁸⁹. Pese a que la primera sentencia sobre un niño no deseado, según relata OSTHEIDE (*op. cit.*, pp. 23-24), se produjo durante la República de Weimar (sentencia de la Sala civil del *Reichsgerichts* de 22 de febrero de 1924), el grueso de estas sentencias empezó hacia los años sesenta, incrementándose en los años siguientes con nuevos supuestos. Para un análisis exhaustivo de la problemática de *wrongful conception* y su tratamiento entre la jurisprudencia en Alemania, ver HAUBERICH (op. cit., pp. 88-107).

²⁹⁰. El aborto —que al igual que en el caso español no se califica como derecho, sino como mera despenalización de una conducta (sentencia del BVerfG de 28 de mayo de 1993)—, se contiene actualmente en los §§ 218 bis a 219b StGB como un sistema mixto de plazos e indicaciones que proviene de una reforma de 21 de agosto de 1995. Anteriormente, sin embargo, tanto la sentencia del BGH de 18 de enero de 1983, como PICKER («Wrongful birth...», p. 542) hablan de *Recht der Abtreibung* en el seno de la RFA.

²⁹¹. *Op. cit.*, p. 180: «related to these questions is another, namely, does it involve a healthy or unhealthy child —a point once taken by some courts but nowadays one that may have lost its significance». Igualmente MERKEL destaca tal unión entre la jurisprudencia (*op. cit.*, p. 172 nota 1). Pero el problema se extiende igualmente a la doctrina. De hecho, ni OSTHEIDE (*op. cit.*, pp. 17, 24-25) ni PICKER («Wrongful birth...», pp. 489 y 491), WEBER (*op. cit.*, pp. 26-27) o ZIMMERMANN (*op. cit.*, p. 131) distinguen entre los casos de niños sanos y niños enfermos. Bajo el concepto del nacimiento no deseado se incluyen tanto las acciones de *wrongful birth*, como las de *wrongful conception*, pues, como indica PICKER, los supuestos de hecho comparten que el niño no era deseado para ninguno de los implicados. Tal concepción no es, como ya se dijo, correcta.

frecuente el tratamiento de estas acciones (especialmente las de *wrongful birth*) bajo la óptica de la teoría de la separación (*Trennungslehre*), que como ya se dijo, surge en el ámbito de las acciones de *wrongful conception*.

De hecho, es tal doctrina de la *Trennungslehre* la que caracteriza el tratamiento alemán de este tipo de acciones. La argumentación no se centra en la privación de la facultad de aborto a los progenitores, sino en torno al debate sobre la lesión de la dignidad de la persona a través del reconocimiento de un derecho a indemnización; lesión que les ha llevado a aplicar la citada distinción y establecer el daño en la carga económica del niño²⁹².

3. Sobre este punto de partida, la tónica que se sigue en concreto sobre las acciones que aquí nos ocupan es la general. Concretamente, comenzando por las acciones de *wrongful birth*, es frecuente su aceptación entre aquellos autores que se ocupan de su estudio expresamente o que las distinguen de las de *wrongful conception*²⁹³. De todas formas, a la hora de establecer la indemnización se suelen limitar las partidas de la misma²⁹⁴.

²⁹² . Esta evolución se ha reflejado también en una polémica jurisprudencial suscitada, por un lado, entre el BGH y el BVerfG, así como entre la sala primera y la sala segunda del BVerfG; evolución que se produce a la vez en casos de *wrongful birth* y *wrongful conception* y a la que posteriormente nos referiremos más en extenso, junto con la teoría de la separación, en el capítulo dedicado al daño.

²⁹³ . En este sentido, tanto OSTHEIDE (*op. cit.*, pp. 129-130), como ZIMMERMANN (*op. cit.*, p. 131) aceptan que en el caso de un niño discapacitado se pueda distinguir entre su vida y su coste y, con ello, indemnizar a los progenitores que no fueron informados de sus defectos previamente al transcurso del plazo legalmente fijado para el aborto. Sin entrar en estas distinciones, UHLENBRUCK y LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, pp. 367, 372 y 450) aceptan la responsabilidad contractual en estos casos, estableciendo un derecho de indemnización; solución que también acepta BOIN (*op. cit.*, p. 431), que rechaza expresamente la responsabilidad extracontractual por *wrongful birth* por los gastos de mantenimiento (aunque sí admite un daño moral para la madre).

²⁹⁴ . Como observadores externos, MARKESINIS y UNBERATH (*op. cit.*, p. 179) resumen la posición de la jurisprudencia alemana sobre las acciones de *wrongful birth* partiendo de la aceptación de la misma para ambos padres en relación a los costes de mantenimiento completos, así como la posibilidad que se reconoce a la mujer para reclamar el daño moral que surja del nacimiento complicado.

La indemnización de todos los gastos de mantenimiento se justifica por el BGH (sentencia de 16 de noviembre de 1993) en que no se pueden dividir los gastos que genera el niño en normales y especiales, pues el niño nace o no nace (principio de «alles-oder-nichts», según DEUTSCH, «Anmerkung...», p. 452). Pero esta cuestión no está tan clara entre la doctrina. Así, mientras que FISCHER (*op. cit.*, p. 436), FRANZKI (*op. cit.*, p. 1184) o ZIMMERMANN (*op. cit.*, p. 132) optan por afirmar la indemnización por todo daño, sobre la base de que el hecho de que hubieran asumido el gasto de un niño no significa que hubieran asumido el gasto de ese niño en estado enfermo; FISCHER y LILIE (*op. cit.*, pp. 29-30), LILIE (*op. cit.*, p. 196), OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 130), SCHÜNEMANN («Schadensersatz für mißgebildete Kinder bei fehlerhafter genetischer Beratung Schwangerer?», *Juristen Zeitung*, 1981 (17), p. 575) y WEBER (*op. cit.*, p. 43) sólo aceptan indemnizar los gastos de la condición enferma del niño.

Del mismo modo, se debate sobre la indemnización de un daño moral por la situación del niño o por la vulneración de la planificación familiar, que es rechazado por la sentencia del BGH de 18 de enero de 1983. Mientras que tal solución es aplaudida por PICKER («Wrongful birth...», p. 515), que ve en ella una confirmación de que el valor de la vida no se debe poner en cuestión; FISCHER (*op. cit.*, pp. 437-438) acepta la indemnización de este tipo de daños (a través de la constatación de la teoría de los daños por *shock*), e igualmente SCHÜNEMANN (*op. cit.*, p. 577) para la reclamación de responsabilidad extracontractual.

4. Por lo que respecta a las acciones de *wrongful life*, corren una suerte distinta, ya que en general son rechazadas por los autores que se enfrentan a ellas²⁹⁵, si bien existen algunos autores que las aceptan²⁹⁶. La jurisprudencia en cambio, aunque se ha enfrentado sólo en una ocasión a estas acciones, las ha denegado²⁹⁷.

5. De todas formas, ha de advertirse que la situación de Alemania respecto de estas acciones se aproxima actualmente al caso italiano, desde que la reforma del § 218 StGB llevada a cabo por ley de 21 de agosto de 1995 –para unificar los textos penales existentes en cada una de las Alemanias antes de la reunificación– hizo desaparecer la indicación embriopática y dejó exclusivamente como motivo o indicación para poder acudir al aborto el riesgo para la salud de la madre, si bien combinándolo, al estilo francés, con una la libre opción para la madre (previo asesoramiento) en las primeras doce semanas²⁹⁸. Esto parece conllevar que el caso de las malformaciones o defectos del niño sólo pueden dar lugar al aborto cuando se pone en peligro la salud de la madre²⁹⁹ y que, por tanto, debería aplicarse

²⁹⁵. Sirva de ejemplo OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 187) que, tras estudiar la acción (pp. 176-187), concluye que no puede aceptarse en el derecho alemán, ni en el plano contractual ni en el extracontractual; y que tampoco se puede construir, por ir en contra del artículo 2 III GG. Los motivos del rechazo, básicamente, se centran en la imposibilidad de determinar un deber contractual del médico frente al niño y, en el plano extracontractual, la ausencia de derecho que resulte lesionado por la actuación del profesional sanitario. Del mismo modo, FISCHER y LILIE (*op. cit.*, p. 30).

²⁹⁶. Entre éstos hay que citar especialmente a DEUTSCH («Anmerkung...», pp. 451 y 452; «Neuere...», p. 714; «Das Kind...», p. 614; *Arztrecht...*, p. 132, que se apoya en la existencia de un deber del profesional frente al *nasciturus*, que es damnificado directo por el comportamiento del profesional), HARRER (*op. cit.*, p. 71, que se limita a señalar que el niño es a fin de cuentas el mayor afectado) y MERKEL (*op. cit.*, p. 191, que admite que en ciertas ocasiones la vida puede ser *Lebensunwert*).

²⁹⁷. Se trata de la sentencia del BGH de 18 de enero de 1983. Se negó la acción del niño sobre la base de la inexistencia de un deber contractual o extracontractual del médico respecto de él que consistiera en la prevención del nacimiento (incluso aunque exista el pronóstico de graves defectos). La vida es un bien superior y la decisión sobre la misma no puede recaer en un tercero. Igualmente, se aludía a otros argumentos como el relativo a la dificultad de afirmar el daño. Según indica WINTER (*op. cit.*, p. 330), el pronunciamiento categórico del tribunal hace suponer que no varíe su doctrina en demandas posteriores.

²⁹⁸. El Código Penal de la República Federal Alemana establecía la indicación embriopática en el § 218 (1)2, dentro de las primeras veintidós semanas de embarazo. Por el contrario, en la República Democrática se contemplaba en general un derecho al aborto en las primeras doce semanas de embarazo. Tras la reunificación de ambos países, se hubo de coordinar la doble regulación, tarea que, de hecho, fue una de las cuestiones que más dificultó la reunificación (DOMINGO, «El aborto en Alemania: Observaciones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 28.5.1993», *Cuadernos de Bioética*, 1994 (3º), p. 215).

Producida la reunificación, la ley promulgada para unificar la cuestión del aborto (de 2 de junio de 1992) fue recurrida ante el BVerfG por el gobierno bávaro, resolviendo el Alto Tribunal la inconstitucionalidad de varias de sus previsiones (sentencia de 28 de mayo de 1993). La adecuación a la constitución fue realizada por esta ley de 21 de agosto de 1995, que entró en vigor parcialmente en octubre de 1995 y en enero de 1996 (ver al respecto, DE CRUZ, *op. cit.*, pp. 439-447 o HAUBERICH, *op. cit.*, pp. 26-32).

²⁹⁹. Así lo afirman DE CRUZ (*op. cit.*, p. 446), DEUTSCH (*Medizinrecht. Arztrecht, arzeimittelrecht und Medizinprodukterecht*, 4ª edición, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg 1999, p. 303) y HAUBERICH (*op. cit.*, p. 32). El aborto embriopático ha pasado, pues, a estar incluido en el terapéutico, lo cual es visto por algunos incluso

aquí la misma restricción que se ha indicado respecto del caso italiano: exclusión de estas acciones para el supuesto de diagnóstico prenatal erróneo.

No obstante, la situación no es la misma. La previsión de la facultad de aborto, previo asesoramiento, en las primeras doce semanas de embarazo abre la puerta a verdaderos casos de *wrongful birth* y *wrongful life*, si bien limitados por el hecho de que en tal plazo la ciencia y la técnica reduce el número de enfermedades o defectos que pueden ser detectados en el *nasciturus* (pues sólo una parte de las técnicas de diagnóstico prenatal se pueden practicar y producir un resultado en ese periodo inicial³⁰⁰).

2.3.2. El caso español

1. El interés que estas demandas han suscitado en nuestro país es muy reciente, ya que su aparición en la práctica no se produce hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997, en la cual se resolvió un caso de *wrongful birth*³⁰¹.

Hasta entonces, las únicas acciones relacionadas con el nacimiento que se habían planteado ante la jurisdicción civil eran las de *wrongful conception*, que llegaron por primera vez al Tribunal Supremo con la sentencia de 25 de abril de 1994. Pese a que el aborto embriopático fue reconocido en nuestro país a partir de 1985 (Ley orgánica de 5 de julio de 1985), este otro tipo de demandas no había surgido en la práctica española³⁰².

como una ventaja, pues se amplía el plazo del que dispone la mujer para decidir al respecto, ya que en el caso del aborto terapéutico no hay límite de tiempo (en este sentido, UHLENBRUCK y LAUFS, en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 371).

³⁰⁰ . Por poner una serie de ejemplos recogidos del estudio de EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, pp. 133-139), la ecografía se practica entre las semanas número 12 y 13; la radiografía en el último trimestre, la amniocentesis a partir de la semana vigésima y la fetoscopia, entre las semanas número 16 a 21. Únicamente las enfermedades detectables a través de la sangre materna, así como las que se detectan a través de una biopsia de las vellosidades coriales (practicada entre las semanas octava a décima), podrán dar lugar a un aborto motivado por la situación del embrión.

³⁰¹ . Esta novedad es puesta de relieve por sus comentaristas (DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad civil...*, p. 160; «La segunda...», pp. 125-126; BUSTOS PUECHE, *op. cit.*, pp. 1699-1701 o Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 1700).

Aunque el caso corresponde a la problemática de las acciones de *wrongful birth*, la sentencia lo denomina de *wrongful life*, como critica la mayoría de sus comentaristas. Ahora bien, Díez-PICAZO GIMÉNEZ (*op. cit.*, p. 1707), pone en duda incluso que tal sentencia tratara un verdadero caso de aquéllos, puesto que en ella no se trataba de la omisión de una información que podría haber permitido a la progenitora optar por el aborto, sino de la omisión de una información que podría haber llevado a repetir la prueba de diagnóstico preconcepcivo.

³⁰² . La tardía aceptación del aborto y el tiempo requerido para su progresivo arraigo en la conciencia social, junto con el hecho de que las pruebas genéticas prenatales eran una práctica poco extendida en nuestro país, son factores citados por DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Diagnósticos I...», pp. 105-106) y por GALÁN CORTÉS («La acción...», p. 10) para justificar el escaso interés suscitado por este tipo de acciones inicialmente.

Igualmente, con la excepción de PANTALEÓN PRIETO –que se refirió por primera vez a esta problemática en 1988–, y de DE ÁNGEL YÁGÜEZ –quien predijo en 1996 que en el futuro se plantearía este tipo de demanda frente a los profesionales sanitarios³⁰³–, la doctrina española se había centrado hasta entonces exclusivamente en las acciones de *wrongful conception*, sin atender al resto de posibles acciones de responsabilidad que se podían plantear en relación con el nacimiento de las personas.

2. En cambio, desde la mencionada sentencia las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* han comenzado a suscitar un mayor interés. Diversos autores se han ocupado de este tipo de acciones directamente o –con mayor frecuencia– con ocasión del comentario de alguna de las escasas sentencias que se han pronunciado al respecto. El estudio, sin embargo, no ha alcanzado todavía la amplitud del desarrollado en los demás Ordenamientos analizados anteriormente.

3. La tónica que se sigue, en todo caso, es la general. Así, la opinión de nuestros autores se inclina por la admisión mayoritaria de las acciones de *wrongful birth*, aplicando, como veremos en su momento, diversas teorías a través de las cuales se trata de separar el daño reclamado por los progenitores de la propia vida enferma del niño nacido.

Respecto de lo que no hay unanimidad, sin embargo, es sobre las partidas indemnizables. El daño moral por el dolor y sufrimiento emocional que supone tener un niño con taras es aceptado sólo en ocasiones³⁰⁴, mientras que el daño patrimonial suscita un debate entre los que lo identifican con todos los gastos de cuidado y mantenimiento del niño y los que lo reducen a los gastos especiales derivados de la enfermedad³⁰⁵.

4. La jurisprudencia, por su parte, es dispar, además de poco numerosa (aunque en constante incremento). Además de la ya mencionada –sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997–, existen hasta el momento otras dos sentencias del Tribunal Supremo (de 4 de febrero de 1999 y de 7 de junio de 2002). Mientras que en la primera de ellas concedió

³⁰³ . Respectivamente, en «Procreación...», pp. 245-317 y en «Diagnósticos I...», p. 106.

³⁰⁴ . Ver en este sentido la STS de 6 de junio de 1997 (que concedió indemnización por «el impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo»), así como, entre la doctrina, DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Diagnósticos II...», p. 154; «La tercera...», p. 190); MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Sentencia...», p. 1118) y PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», p. 270).

³⁰⁵ . Entre los primeros hay que citar a CECCHINI ROSELL (*op. cit.*, pp. 188-189) y PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», p. 270); y entre los segundos, a DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Diagnósticos I...», pp. 110 y «Diagnósticos II...», pp. 153-154; «La tercera...», p. 190) o MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Sentencia...», p. 1117).

la acción, indemnizando por un pretendido daño moral de tintes patrimoniales³⁰⁶, en la segunda estimó ausente el requisito de la culpa³⁰⁷ y en la tercera, la relación de causalidad³⁰⁸. No existe, pues, jurisprudencia al respecto, ni a favor, ni en contra³⁰⁹.

Entre la jurisprudencia menor (y sin entrar en los Juzgados de Primera Instancia), se han dictado otras siete sentencias que tampoco ofrecen una respuesta unánime a la cuestión, principalmente porque no en todas ellas concurren los requisitos para exigir una responsabilidad por esta causa³¹⁰.

³⁰⁶. STS de 6 de junio de 1997. Los hechos eran los siguientes: una embarazada, cuyo embarazo era calificado de riesgo, se sometió a la prueba de amniocentesis para constatar el estado de salud del feto en desarrollo. La prueba, sin embargo, fracasó (no se extrajo ningún resultado), lo cual no se le comunicó a la mujer hasta dos meses después (momento en que ya había transcurrido el plazo fijado por la ley para la interrupción voluntaria del embarazo), pese a que ella se interesó anteriormente por dicho resultado. Tras el nacimiento del niño, afectado de síndrome de Down, la madre interpuso demanda en su propio nombre a los profesionales sanitarios involucrados (médico y sustituto del mismo) y al hospital, reclamando indemnización por el daño experimentado. Tras la desestimación en primera y segunda instancia, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

³⁰⁷. STS de 4 de febrero de 1999. Los hechos partían en este caso del seguimiento de un embarazo que no fue calificado de riesgo (pese a que parece ser que el progenitor trabajaba como empleado en un Centro de Energía Nuclear, dato que o no fue conocido o no fue tenido en cuenta por los profesionales sanitarios). La embarazada fue sometida a un procedimiento de seguimiento del embarazo sin riesgo, siéndole practicadas varias ecografías de Nivel I, que arrojaron resultados normales. La niña, sin embargo, nació con graves malformaciones y los progenitores interpusieron reclamación contra el médico que siguió el proceso de embarazo, el INSALUD y el Ministerio de Sanidad y Consumo. La demanda fue estimada parcialmente en primera instancia, absolviendo el Juzgado al médico y condenando al INSALUD. La Audiencia Provincial, sin embargo, revocó la sentencia y absolvió igualmente al INSALUD sobre el artículo 1903 Cc; fallo frente al cual interpusieron los actores el recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

³⁰⁸. STS de 7 de junio de 2002. Los hechos parten del embarazo de una mujer de 40 años con antecedentes de abortos espontáneos, que fue seguido durante todo su desarrollo por un médico. Durante el seguimiento, la mujer planteó sus dudas al profesional sanitario respecto del riesgo del embarazo; dudas que fueron despejadas por el médico, que le indicó que el embarazo transcurría con normalidad. Sin embargo, no se practicó la prueba de la amniocentesis, que hubiera disipado tales dudas de forma definitiva. El niño nació con síndrome de Down y diversas malformaciones internas. Ambos progenitores interpusieron demanda –en su nombre y en el de sus hijos– frente al médico y la aseguradora médica propietaria de la clínica en la que prestaba sus servicios. La demanda fue estimada en primera instancia, así como en apelación (si bien se rechazó la acción de *wrongful life* y la de los hermanos). Interpuesto recurso de casación por ambos demandados, el Tribunal Supremo lo estima.

³⁰⁹. Pese a ello, ha de destacarse el reciente intento de DE ÁNGEL YÁGÜEZ («La tercera...», pp. 194-202) de armonizar la interpretación entre las tres sentencias. En concreto, afirma que entre la primera y la tercera no existe contradicción, pues la de 7 de junio de 2002, no se pronunciaba sobre el daño (luego no lo excluía) y resolvía sobre la idea de que no se probó que la madre habría optado por el aborto. Respecto de la segunda sentencia, afirma que no existe contradicción si se interpreta que la *ratio decidendi* se centró en la ausencia de fundamento de la responsabilidad (no había culpa).

³¹⁰. SSAN de 8 de marzo de 2000 ([Sección 4ª]: niño nacido con osteogénesis, patología de la que existían antecedentes familiares que no fueron puestos de manifiesto por la madre. Rechazo de la acción de *wrongful birth*) y 6 de junio de 2001 ([Sección 4ª]: falso negativo por no realizar el diagnóstico en consideración de los resultados de la prueba de triple *screening*; resultados que no fueron recibidos por la unidad de diagnóstico prenatal. Concesión de la acción de *wrongful birth*) y SSAP Madrid, de 5 mayo 1998 (embarazo de riesgo por la ingestión de medicamentos por la madre que es tratado como un embarazo normal, por lo que no son practicadas las pruebas necesarias para diagnosticar las malformaciones con las que nace el niño. Concesión de la

5. Por lo que respecta a la acción de responsabilidad por *wrongful life*, la respuesta suele ser negativa y son pocos los autores que conceden alguna perspectiva de futuro en nuestro Ordenamiento a tales acciones³¹¹. El valor de la vida parece firmemente asentado.

La jurisprudencia, por su parte, no ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, puesto que no se ha planteado ninguna demanda de *wrongful life* hasta el momento³¹². Quien sí ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto ha sido nuestro Consejo de Estado, que ha resuelto en contra de la pretensión del niño, por falta de relación de causalidad entre el daño reclamado y el comportamiento del responsable³¹³.

La polémica, como se ve, está abierta y sin solución definitiva.

acción de *wrongful birth*); León, de 15 septiembre 1998 (embarazo normal en el que no se lleva a cabo la prueba de amniocentesis, de la que sí se informa, produciéndose posteriormente el nacimiento de un niño con síndrome de Down. Rechazo de la acción de *wrongful birth*); Vizcaya, de 18 enero 1999 (falso negativo prenatal tras la práctica de una amniocentesis en que se detecta una mínima posibilidad de que el niño se vea afectado por el síndrome de Down, que finalmente se manifiesta con el nacimiento. Rechazo de la acción de *wrongful birth*); Málaga, de 31 de marzo de 2000 (práctica de amniocentesis de la que se extrae un resultado erróneo, por lo que no se informa a la madre de la afección de su hijo con síndrome de Down. Concesión de la acción de *wrongful birth*); y Cádiz, de 17 de septiembre de 2002 (embarazo normal y sin indicios de riesgo controlado en todo momento, pese a lo cual se produce el nacimiento de un niño polimalformado. Rechazo de la acción de *wrongful birth*).

³¹¹. Entre ellos, DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Diagnósticos II...», p. 155) no descarta que en el futuro se estime la acción del niño en relación con los daños materiales experimentados por él, siendo más dudosa la indemnización del daño moral *puro*. Por su parte, PANTALEÓN PRIETO («Artículo 1902...», p. 1992) señala que en estos casos existe un daño (otra cosa es en qué hipótesis ha de responder el causante).

³¹². Aunque en el caso que resolvió la STS de 7 de junio de 2002 la demanda se planteó inicialmente por *wrongful birth* y *wrongful life* (e incluso en nombre de los hermanos del niño discapacitado), únicamente la de *wrongful birth* fue estimada en apelación, sin que se recurriera ante el Tribunal Supremo la desestimación de las otras dos (pasando, pues, a constituir cosa juzgada).

La SAP Granada de 21 de junio de 1994, que es citada en ocasiones como ejemplo de reclamación de *wrongful life* (por ejemplo, por parte de UREÑA MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 1113-1114), no entra, sin embargo, en tal categoría, sino en la de causación de lesiones al feto por omisión de la conducta debida en el parto. En el caso sobre el que se resolvía, se reclamó en nombre de la niña nacida responsabilidad del médico que no controló debidamente en el parto un Disps-Umbilical que afectaba al ritmo cardíaco del feto y que provocó en éste unas importantes secuelas que podrían haber sido evitadas.

Lo que sí existen son ciertos pronunciamientos *obiter dicta*, como el de la SAP Cádiz de 17 de septiembre de 2002, que siguiendo a de Ángel Yáguez, afirmaba: «parece abrirse hoy día la tesis de no descartar de forma absoluta la estimación de la demanda entablada por el propio hijo (acción de “*wrongful life*”) si con ella se pretende exclusivamente la indemnización de los daños materiales experimentados por él, siendo muy dudoso, por el contrario, que sean indemnizables los daños morales puros»; idea que repite posteriormente.

³¹³. Ver en concreto el Dictamen 3385/2000, de 21 de diciembre (PÉREZ-TENESSA, *op. cit.*, pp. 47-61) en un supuesto sobre síndrome de cromosoma x-frágil detectado en diagnóstico preconceptico, pero no en diagnóstico prenatal. La reclamación, por responsabilidad patrimonial del Estado, fue interpuesta por la madre en su propio nombre y en el del niño nacido con tales defectos.

CAPÍTULO II

LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD Y SU APLICACIÓN A LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE*

1. LOS DIVERSOS SISTEMAS O RÉGIMENES DE RESPONSABILIDAD

1.1. Responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual, responsabilidad civil derivada de delito y responsabilidad administrativa

1. En nuestro Ordenamiento existen cuatro regulaciones distintas de la figura de la responsabilidad civil, cada una de las cuales se constituye como un diferente sistema o régimen: la contractual (artículos 1101 a 1107 Cc), la extracontractual (fundamentalmente, artículos 1902 a 1910 Cc), la civil derivada de delito (artículos 109 a 122 Cp) y la patrimonial de la Administración¹ (artículos 139 a 146 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común –LRJPAC–, reformados por Ley 4/1999, de 13 de enero, y completados por Reglamento, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo de 1993).

2. Aunque unidos por un substrato común identificado a través de la concurrencia de un daño, cada uno de estos sistemas responde a una serie de intereses que entran en conflicto en su ámbito específico, motivo por el cual no resulta indiferente qué sistema se va a aplicar para la reclamación de un determinado daño.

Así, los intereses en conflicto entre las partes de un contrato, que han regulado a través de éste los riesgos que surgen de la prestación pactada, no son los mismos que los que puedan establecerse entre dos sujetos que no se encontraban vinculados previamente, ni a su vez son éstos similares a los que determinan que la Administración deba responder frente a los usuarios de sus servicios². Por ello, en cada caso se deberá aplicar aquel sistema

¹ . Según PANTALEÓN PRIETO («Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996 (XIV), p. 42 y «Cómo repensar...», p. 453 nota 31), esta responsabilidad, más que «patrimonial», debería denominarse «civil extracontractual», dado que resulta pacífico entre la doctrina la remisión de la responsabilidad contractual de la Administración al Derecho de Contratos. La misma opinión parece recogerse en COSCULLUELA MONTANER (*op. cit.*, p. 549-552).

² . En este sentido, para PANTALEÓN PRIETO, es una idea equivocada la de que los principios que vertebran la responsabilidad del deudor que incumple son los mismos, con independencia de que la obligación incumplida

que contemple en su seno los intereses que se hayan puesto en juego en la producción del perjuicio, pues sólo de esa forma se logrará su tratamiento adecuado, que es lo que se pretende a través de cada uno de los distintos sistemas de responsabilidad.

3. Además, en consonancia con los intereses contemplados en cada uno de estos sistemas, la regulación de la responsabilidad y la interpretación de sus elementos difiere³. Esto determina en principio que no sea una cuestión baladí la de que la reclamación de responsabilidad por la producción de un determinado evento dañoso deba ser encauzada a través de uno u otro sistema.

No obstante, en la actualidad parece que la diferencia más visible entre estos sistemas es el plazo de prescripción de la acción (un año para la responsabilidad extracontractual y la administrativa: artículos 1968.2º Cc y 142.5 LRJPAC; y quince, en general, para la contractual: artículo 1964 Cc)⁴. El resto de las diferencias (responsabilidad por hecho ajeno,

haya nacido o no del contrato. En el contrato se lleva a cabo una específica distribución de riesgos, fruto de la autonomía de la voluntad, que no existe en la responsabilidad extracontractual («El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate», *ADC*, 1991, pp. 1019-1020). Esta misma idea (compartida en el derecho francés por LE TOURNEAU y CADIET: «pour un professionnel [...] le contrat est un instrument de prévision, un moyen d'agir dans le temps, et une technique de gestion des risques», *op. cit.*, p. 682) se encuentra presente en Díez-PICAZO (*Daños...*, p. 264); e YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, pp. 83-84).

Lo mismo se puede decir respecto de la responsabilidad administrativa, donde se toman en consideración nociones como la obligación de la Administración de prestar determinados servicios (PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo I. Parte general*, 13ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2002, pp. 637-639, citando a Benoit: «la responsabilidad administrativa sería, en esencia, la sanción de una obligación preexistente de la Administración de asegurar la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas»); o su papel de garantía fundamentado en un criterio de solidaridad social. Así, según MARTÍN REBOLLO («La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», *Documentación Administrativa*, 1994 (237-238), pp. 25-29 y «Voz "Responsabilidad de la Administración (Dº Administrativo)"», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen IV, Civitas, Madrid 1995, p. 5931): «los daños generados por la acción de los poderes públicos no deben pivotar azarosamente sobre los patrimonios privados de quienes se ven afectados por esta actividad. Es decir, los efectos perjudiciales indirectos de una actividad dirigida a lograr beneficios colectivos y a actuar intereses sociales deben ser asumidos igualmente por toda la colectividad» (en igual sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo II*, 8ª edición, Civitas, Madrid 2002, p. 376).

³. Eso no significa que no existan tendencias de aproximación entre todos estos sistemas, como señalan, entre otros, BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («Capítulo VIII, Artículos 25-30 LGCDU», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Coordinados por R. Bércovitz Rodríguez-Cano y J. Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992, p. 687); REGLERO CAMPOS («Conceptos...», pp. 108-109, 114 y 127) e YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, pp. 83-85, 105-106). Por un lado, la jurisprudencia y, por otro, la interpretación doctrinal, liman las grandes distinciones entre ellas.

⁴. Afirma en concreto DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Previsiones...*, pp. 25-26) que una de las tendencias actuales de la responsabilidad es la progresiva difuminación de los criterios de distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual. El mantenimiento de esta distinción únicamente a efectos de la prescripción es puesta de relieve por BADENAS CARPIO («La responsabilidad civil médica», en *Lecciones de responsabilidad civil*, Coordinadas por L.F. Reglero Campos, Aranzadi, Elcano (Navarra) 2002, pp. 256-257) y CARRASCO PERERA («Artículo 1101», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XV, Volumen 1º, Dirigidos por M. Albaladejo, EDESA, Madrid 1989, pp. 416-417).

criterios de imputación de la responsabilidad, pluralidad de responsables, carga de la prueba...) se ha ido relajando o aproximando a través de ciertas tendencias de interpretación de la responsabilidad por parte de doctrina y jurisprudencia⁵.

1.1.1. Presupuestos de aplicación de cada sistema de responsabilidad

1. La aplicación de cada uno de estos sistemas se condiciona a la concurrencia de un determinado presupuesto. Así, que el daño se produzca bajo unas u otras condiciones es lo que decide a través de cuál de estos sistemas se podrá reclamar la responsabilidad.

2. Comenzando por la responsabilidad contractual, es necesario que el daño se produzca en la ejecución de una prestación –y como consecuencia de la misma⁶– a cuyo cumplimiento estuviera obligado el responsable por causa de una previa vinculación entre la víctima y el agente productor del daño⁷.

No obstante, que sea la diferencia más clara no impide que se critique y se propugne de *lege ferenda* una mayor igualdad entre los plazos (por todos, MIGUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad...», pp. 69-70).

⁵. Ver al respecto LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, pp. 102-105); MIGUEL GONZÁLEZ («La responsabilidad...», pp. 61-78); SANTOS BRIZ («Unidad de concepto de la culpa civil», en *Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio*, Coordinado por J.A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid 2000, pp. 589-590) o YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, pp. 81-82).

⁶. Correspondientemente, como pone de relieve CABANILLAS SÁNCHEZ (*Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Civitas, Madrid 2000, pp. 272-273, con cita de Jordano Fraga, y pp. 291-292), la responsabilidad extracontractual se reserva en este contexto para los daños que se produzcan para una de las partes contractuales en tanto que resulten completamente ajenos al entero contenido obligacional del vínculo que les une. Es, pues, preciso que el daño se produzca en el seno de una infracción o incumplimiento de un deber específico obligacional del deudor para ser considerado contractual. Esta misma distinción la recogía ya BADOSA COLL (*La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1987, pp. 726-729) al señalar que el daño que resulta de la infracción o el incumplimiento obligacional se indemniza por el artículo 1101 Cc, mientras que el que se produce sobre otros intereses del deudor, ha de indemnizarse a través del artículo 1902.

En este mismo sentido, parece que se define en Alemania el ámbito de responsabilidad contractual (ver ENGELHARDT, «Kind als Schaden?», *Versicherungsrecht*, 1988 (21), p. 540 u OSTHEIDE, *op. cit.*, p. 103). Según el primero, una pretensión de indemnización del daño contractual requiere como presupuesto que entre médico y paciente se hubiera celebrado un contrato válido, que el médico hubiera lesionado negligentemente los deberes adquiridos a través de tal contrato y que ello hubiese ocasionado un daño al paciente. De hecho, la definición de los intereses protegidos en el contrato muestra su relevancia en aquéllos casos en que se discute el fin perseguido por el contrato (v. gr., la polémica suscitada en Alemania respecto de la indemnización de los daños patrimoniales generados por el niño cuando la intervención a la que se sometió la mujer buscaba un fin distinto a la evitación de tales gastos, por ejemplo, protección de su salud. Ver, entre otros, ENGELHARDT, *op. cit.*, p. 542; SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 575 o WEBER, *op. cit.*, p. 39-41).

⁷. Hay que aclarar que no basta con el mero incumplimiento para considerar que se ha producido un daño, aunque así haya sido pretendido por autores como RAGEL SÁNCHEZ («Sentencia del Tribunal Supremo de 30 julio de 1999», *CCJC*, 2000 (52), (mg. 1416), p. 161: «el solo incumplimiento contractual no excluye la idea de que éste no constituya *per se* un perjuicio o daño, una frustración en la economía del contratante, en su interés material o *moral*, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato operó en el vacío y sus vicisitudes, en concreto, las contravenciones de las partes, no habrían de tener ninguna repercusión») o ZANNONI (*El daño en la responsabilidad civil*, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea 1987, p. 87).

Aunque parece claro este presupuesto, en estos casos suele discutirse tanto la incardinación del daño dentro de la órbita de lo pactado —expresión que se ha de interpretar a través de la integración del contrato con la previsión del artículo 1258 Cc⁸—, como el nexo que ha de existir entre las partes para considerarlas previamente vinculadas.

3. Por el contrario, la responsabilidad se regirá por el sistema de la responsabilidad civil derivada de delito cuando el daño sufrido por la víctima derive de la comisión de un delito o falta. El principio de tipicidad de las normas penales (artículo 25.1 CE) facilita en este caso la adscripción o exclusión de un determinado daño a este sistema, por lo que en este ámbito se suscitan menores dudas.

4. En tercer lugar, la responsabilidad administrativa requiere que el daño se haya producido como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público⁹. Lo determinante en este caso, por tanto, será la definición del concepto de «servicio público» y la comprobación de que el daño proceda de su funcionamiento. En este sentido, hay que señalar que generalmente la doctrina y jurisprudencia administrativista ha interpretado de forma amplia el concepto, hasta el punto de que se incluye toda la actividad ad-

Aunque se trata de una teoría muy sugerente de cara a las acciones aquí estudiadas (en las que casi siempre se puede constatar un incumplimiento contractual, pero la dificultad reside en identificar el daño), como pone de relieve PANTALEÓN PRIETO, las nociones de incumplimiento y responsabilidad han de ser consideradas como independientes entre sí: la responsabilidad no surge de un incumplimiento contractual, sino de un daño («El sistema...», pp. 1043-1055). Esta misma opinión, enunciada también por Díez-PICAZO (*Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Volumen II, 5ª edición, Civitas, Madrid 1996, p. 574), ha sido seguida por numerosa doctrina (entre otros, CARRASCO PERERA, «Artículo 1101...», pp. 383, 393, 397, 403 y 406; REGLERO CAMPOS, «Conceptos...», p. 105; SANTOS BRIZ, *La responsabilidad...*, pp. 143 y 152 o YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, pp. 119-123).

⁸. Tal integración es señalada, entre otros, por DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Artículo 1902...», p. 284). Díez-PICAZO (*Daños...*, p. 265), de hecho, critica las teorías que trataban de restringir la responsabilidad contractual y ampliar la extracontractual estableciendo la primera únicamente en relación a la órbita de lo estrictamente pactado. Acudiendo al precepto aquí mencionado (artículo 1258 Cc), señala el autor la falta de solidez de tal teoría. Por tanto, lo relevante no es sólo lo convenido entre las partes, sino, como indica CARRASCO PERERA («Artículo 1101...», p. 418), determinar si respecto del interés del acreedor la conducta admite o no ser calificada como «prestación debida». A esto se ha de juntar la averiguación acerca de si el daño se produjo en el círculo de intereses que, en virtud del contrato, el acreedor exponía a la acción del deudor.

⁹. En este sentido, hay que citar, por todos, las palabras de COSCULLUELA MONTANER (*op. cit.*, p. 553) cuando establece: «El daño causado debe ser consecuencia del *funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*. Lo que implica que sea debido a una actuación u omisión de los órganos de una Administración Pública, a la que, por tanto, se imputa la causa de la lesión o daño. Ello supone que en el requisito de que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, que recoge el artículo 106.2 CE, está implícito también el requisito de *imputabilidad* del hecho u omisión a la Administración Pública en la que se encuadra el funcionamiento del servicio».

ministrativa y se considera suficiente con la titularidad administrativa de la actividad o servicio en que se ha producido el daño¹⁰.

Junto a ello, cuando el daño procede de la actuación de un determinado sujeto, se requiere además constatar la integración del autor material del daño en la organización administrativa¹¹. De lo contrario, la actuación del agente productor del daño se podrá caracterizar como un evento extraño que interrumpe el nexo de causalidad que une el evento dañoso con la actividad de la Administración. Tal integración, al igual que ocurre con la expresión «servicio público», es interpretada en general de forma amplia¹².

¹⁰. Según PARADA VÁZQUEZ (*op. cit.*, p. 642), «el término servicio público que usa la Ley debe entenderse como sinónimo de actividad administrativa, comprendiendo la actividad de servicio público en sentido estricto o prestacional, así como la de policía o limitación, la actividad sancionadora y la arbitral»; idea que se repite en MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA («Título X», en *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo* (AAVV), Aranzadi, Elcano 2000, p. 974); BUSTO LAGO («La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», en *Tratado de Responsabilidad civil*, Coordinado por L.F. Reglero Campos, Aranzadi, Elcano (Navarra) 2002, p. 1454); GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (*op. cit.*, pp. 396-397) y HURTADO MARTÍNEZ («Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2002 (3), p. 801). Se incluye, incluso, dice MARTÍN REBOLLO («Estado de la cuestión...», pp. 50-53 y «Voz "Imputación (Dº Administrativo)"», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen II, Civitas, Madrid 1995, pp. 3461-3462), la actividad de los entes instrumentales creados para el ejercicio de actividades privadas cuando ejerzan cualquier actividad, sea de tipo pública o privada.

La idea que late tras la atribución de la responsabilidad, según parece deducirse de las palabras de COSCULLUELA MONTANER (*op. cit.*, p. 554), es la consideración de que la Administración organiza o vigila el funcionamiento de los servicios públicos. Por ello, señala el autor que no es exigible responsabilidad a la Administración cuando se trata de servicios públicos explotados indirectamente (por ejemplo, a través de concesión). Tal circunstancia, pues, deberá ser tenida en cuenta de cara a la gestión del servicio público sanitario, si es que puede realizarse en él esta explotación indirecta.

La jurisprudencia, por su parte, ha seguido esta interpretación amplia en diversas sentencias, refiriéndose en algunas a servicio público como «actividad administrativa» (SSTS [3ª] de 14 de abril de 1981 y 21 de septiembre de 1984) y en otras como «gestión, actividad o quehacer administrativo» (SSTS de 12 de marzo de 1984, 22 de noviembre de 1991, 5 de octubre de 1993 y [3ª] 16 de febrero de 1996).

¹¹. Según ROMERO COLOMA («La responsabilidad...», p. 122), es necesario que el facultativo actúe en el ejercicio o con ocasión de sus funciones. Pese a que PARADA VÁZQUEZ sugiere *de lege ferenda* establecer una distinción, al estilo francés, entre falta de servicio y falta personal del funcionario (*op. cit.*, pp. 644-646); distinción apoyada por ciertos autores (MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, *op. cit.*, p. 974; BUSTO LAGO, «La responsabilidad...», pp. 1451-1452 o MARTÍN REBOLLO, «Estado de la cuestión...», pp. 53-54), que deriva del hecho de que en el segundo caso el funcionario no está representando a la Administración, sino más bien a sus propios intereses o a su propia persona, la idea no ha sido aceptada por parte de la doctrina (por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 399), aunque sí ocasionalmente por la jurisprudencia (SSTS de [3ª] 25 de febrero de 1981, [2ª] 11 de junio de 1981 y [2ª] 23 de septiembre de 1982).

¹². Tanto BUSTO LAGO («La responsabilidad...», pp. 1432, 1447-1448), como GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (*op. cit.*, p. 398); MARTÍN REBOLLO («Estado de la cuestión...», p. 48; «Imputación...», *EJB*, p. 3460) o PARADA VÁZQUEZ (*op. cit.*, pp. 643-644), puntualizan que se puede tratar de cualquier sujeto en ejercicio de funciones públicas, lo cual no se restringe a los funcionarios, sino que puede comprender a todo tipo de autoridades, empleados o contratados e, incluso, cualquier agente que, por uno u otro título, desempeñe, aunque sea de modo ocasional, esas funciones o actividades. La jurisprudencia, incluso, amplía más, hasta el punto de abarcar con él los daños ocasionados por quienes de manera ocasional desempeñan funciones públi-

5. Finalmente, la responsabilidad extracontractual se constituye como cláusula de cierre del sistema, normativa general que engloba todos los daños que no pueden ser adscritos a ninguno de los sistemas anteriores.

Por ello, se tratarán bajo tal régimen los daños producidos al margen de una vinculación previa entre víctima y agente productor del daño, que no deriven de la comisión de un delito o falta y que no traigan causa del funcionamiento normal o anormal de un servicio público; y los tratará incluso aunque esté presente en el supuesto de hecho cualquiera de estos presupuestos pero el daño no derive de él¹³. Por el contrario, allí donde el daño derive de tales eventos, deberá ser la normativa especial la que se aplique y no la de la responsabilidad extracontractual¹⁴.

cas, o incluso aquellas personas que se encuentran situadas bajo la autoridad o custodia de la Administración (el caso paradigmático es el del enfermo: STS [3ª] de 12 de marzo de 1975).

¹³. En este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ («La responsabilidad...», pp. 61-64) admite la coexistencia por un mismo hecho de la responsabilidad contractual y extracontractual. La responsabilidad contractual únicamente se despliega como reacción ante la vulneración de los intereses protegidos a través de los deberes asumidos contractualmente: «El contrato delimita un ámbito dentro del cual no sólo es una fuente de responsabilidad, sino también de no responsabilidad, pero justamente cabe dudar que en esta última función pueda invadir, por regla general, ámbitos de deberes impuestos por el Derecho objetivo (por la Ley o por los principios desarrollados por la doctrina jurisprudencial)». La relación obligatoria debe entenderse «como un conjunto de deberes cuya violación también da lugar a responsabilidad contractual». Por ello, es exclusiva en la órbita de lo que únicamente tiene sentido con el pacto, pero no es excluyente de la responsabilidad extracontractual fuera de este ámbito de intereses tutelados por el mismo.

Esta misma opinión aparece recogida por otros autores que admiten que pueden concurrir ambos tipos de responsabilidad en la medida en que el daño no se encuadre en el marco contractual o en los deberes derivados del artículo 1258 Cc (entre otros, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «Artículo 1902...», p. 283). De hecho, aunque son muchos los autores que manifiestan su acuerdo respecto de que la existencia de una vinculación contractual entre la víctima y el agente del daño hace entrar en juego al régimen de la responsabilidad contractual (GITRAMA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 332 nota 22; MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU, «Sentencia...», p. 1106-1107; SÁNCHEZ GÓMEZ, *Contrato...*, p. 221 e YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, p. 101), esta afirmación se deberá puntualizar, pues como se ha indicado, es también necesario que el daño surja precisamente del desarrollo de la prestación a la que se obligó el contratante infractor (opinión que encuentra su apoyo también en Díez-PICAZO, *Daños...*, p. 268).

Esta línea de pensamiento nos parece más acertada que la que sostienen aquéllos que consideran que la existencia de una vinculación previa entre las partes excluye *a radice* la posibilidad de reclamar responsabilidad extracontractual. En palabras de SANTOS BRIZ: «las concomitancias y diferencias entre los sectores contractual y extracontractual deben tener en cuenta que [...] las partes de un contrato no pueden ser al mismo tiempo terceros, y desde el momento en que se entra en la culpa contractual se sale de la extracontractual. Y siendo cualidades contradictorias, hay que elegir entre las dos, de forma que la responsabilidad contractual absorbe de pleno derecho a la extracontractual» (*La responsabilidad...*, pp. 158-161; «Unidad...», pp. 588-589; *Temas...*, p. 25). Igualmente, ASÚA GONZÁLEZ (*op. cit.*, p. 972-980).

¹⁴. Esta cuestión ha sido estudiada especialmente en relación a la responsabilidad contractual y extracontractual. Existe al respecto una corriente de interpretación que parte de que la responsabilidad contractual es regulación especial y de regulación preferente. Por tanto, existiendo obligación derivada de contrato no hay que acudir a los artículos 1902 y 1903 Cc (STS 19 de junio de 1984). En este sentido, Díez-PICAZO (*Daños...*, pp. 266-267) niega la posibilidad de opción en aquellos casos en los que el régimen contractual contiene reglas específicas de distribución de los riesgos, en cuyo caso no cabe invocar una responsabilidad extracontractual.

6. Hay que advertir, no obstante, que en realidad esta separación entre los diversos sistemas de responsabilidad –por razón del encaje de los hechos bajo los que se produce el daño en el presupuesto de hecho de cada uno de estos sistemas– no es tan nítida. No siempre está claro si un determinado interés entra o no en el contrato celebrado por las partes (como se suele plantear respecto de los derechos de la personalidad del contratante¹⁵), o si un daño procede del funcionamiento de un servicio público. Pero aunque la división no es perfecta, sirve –al menos en principio–, de criterio rector.

1.1.2. La incardinación de la responsabilidad médica en general y de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en particular

1. A falta de una regulación especial para la responsabilidad médica –situación que se comparte con los sistemas jurídicos de nuestro entorno sociocultural¹⁶–, su regulación ha de someterse a las reglas generales sobre responsabilidad.

De acuerdo con las mismas, en principio, no es posible adscribir este sector de la responsabilidad a un único sistema. Dado que la conducta dañosa de un profesional sanitario puede desarrollarse *a priori* bajo cualquiera de los presupuestos anteriormente analizados, más bien habrá que incardinar el caso concreto en el sistema que corresponda según el

No obstante, este principio no es aceptado unánimemente. Señala en concreto PARRA LUCÁN («La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales», en *Tratado de responsabilidad civil*, Coordinado por L.F. Reglero Campos, Aranzadi, Elcano (Navarra) 2002, pp. 1182-1183) que la jurisprudencia permite la renuncia a la condición de contratante para la reclamación de la responsabilidad por la vía extracontractual (SSTS de 22 de diciembre de 1967, 14 de octubre de 1972, 26 de enero de 1990). Esta tesis de la acumulación es discutida y rebatida por PANTALEÓN PRIETO, que demuestra la ausencia de ventajas frente a la víctima del daño contractual por la interposición de la demanda por la vía extracontractual («Artículo 1902...», pp. 1980-1981).

¹⁵. Dicen CARRASCO PERERA («Artículo 1101...», p. 388) y Díez-PICAZO (*Daños...*, p. 251-252) que en general la jurisprudencia ha tendido a calificar como extracontractual la lesión de derechos subjetivos en el seno de un contrato, opinión que es compartida por una serie de autores (como MARTÍNEZ-CALCERRADA, *La responsabilidad...*, p. 297 o SANTOS BRIZ, *Temas...*, p. 178). De hecho, es un problema que se plantea frecuentemente en relación a las lesiones corporales producidas con ocasión del desarrollo contractual (MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU, «Sentencia...», p. 1105).

Sin embargo, tal distinción parece responder a un sistema como el alemán, donde la responsabilidad contractual no admitía inicialmente la indemnización del daño moral (CAHN, *Einführung in das neue Schadensersatzrecht. Ein Leitfaden für Ausbildung und Praxis*, Verlag C.H. Beck, München 2003, pp. 89, 93), motivo por el cual la indemnización de éste debía realizarse extracontractualmente (ver, sobre las lesiones corporales, DEUTSCH: *Arztrecht...*, p. 83 o HAUBERICH, *op. cit.*, p. 53). Éste no es nuestro caso, por lo que si se han contemplado los derechos subjetivos de los contratantes en el contrato y éstos son lesionados en desarrollo del mismo o por su incumplimiento, la responsabilidad por la que se reclame el daño causado será contractual. Así opinan, igualmente, GARCÍA LÓPEZ (*op. cit.*, pp. 287-294); MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Sentencia...», p. 1106); SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p. 220) e YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, pp. 95-96).

¹⁶. Según VON BAR (*Vol. II*, p. 320), únicamente en Holanda se regula de forma independiente.

supuesto de hecho correspondiente. Por tanto, puede existir una responsabilidad civil médica contractual, extracontractual, administrativa y derivada de delito.

Hay que señalar, no obstante, que esta amplitud no se produce con tanta libertad en el derecho comparado, donde lo normal es que se califique la responsabilidad médica únicamente como contractual o como extracontractual y donde no siempre se distingue de forma independiente un sistema de responsabilidad administrativa¹⁷.

2. Cuando se atiende en concreto a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, el panorama es muy similar al general de la responsabilidad médica, si bien ligeramente más

¹⁷. Destacan en este extremo el sistema francés y el británico. Comenzando por el primero, se acepta de forma mayoritaria tras una sentencia de la *Cour de Cassation* de 20 de mayo de 1936 que la responsabilidad médica y sanitaria sólo puede ser contractual (por todos, PENNEAU, *Médicale...*, p. 18; *Médecin...*, p. 7 y VINEY, *Traité...*, p. 322). Aunque existen tendencias de aproximación (FORTUNÉ-CAVALIÉ, *op. cit.*, p. 19 y nota 6), la responsabilidad extracontractual queda relegada a supuestos excepcionales, como los de nulidad de contrato, los daños producidos fuera de la esfera contractual, la atención a paciente inconsciente o los daños producidos a un tercero (ver al respecto, MALICIER, MIRAS, FEUGLET y FAIVRE, *op. cit.*, p. 29; PENNEAU, *Médicale...*, pp. 26-27 y *Médecin...*, pp. 12-13 y LE TOURNEAU y CADIET, *op. cit.*, p. 753). Por otro lado, se encuentra el régimen de la responsabilidad administrativa, como régimen independiente para los daños acaecidos en el seno del sistema de seguridad social (LE TOURNEAU y CADIET, *op. cit.*, p. 768).

Por el contrario, en Gran Bretaña se mantiene por DE CRUZ (*op. cit.*, p. 234) y por GRUBB (*op. cit.*, p. 238) que la responsabilidad contractual influye poco o nada en la responsabilidad médica, salvo en los supuestos de medicina privada (e incluso en éstos la responsabilidad no se exige de forma distinta a los casos de responsabilidad extracontractual). La mayoría de la atención sanitaria se lleva a cabo a través del *National Health Service* —que es el equivalente a nuestra sanidad pública—, respecto del cual se establece la falta de vinculación contractual de los pacientes (GRUBB, *op. cit.*, p. 260 y KENNEDY y GRUBB, *Principles...*, pp. 287-288 y *Medical...*, pp. 271-272 y 277), así como el sometimiento al régimen general de responsabilidad extracontractual (ROGERS, *op. cit.*, p. 143). En todo caso, según SYMMONS (*op. cit.*, pp. 271 y 272), no es trascendente la vía elegida (*negligence* o *contract*), pues en ambos casos se aplican iguales consideraciones (idea que repite para el caso alemán HAUBERICH, *op. cit.*, pp. 41 y 43-44).

Por lo que respecta al derecho alemán, aunque se predica en general una responsabilidad contractual del profesional sanitario (DEUTSCH, *Arztrecht...*, p. 25) se admite tanto ésta, como la extracontractual (HAUBERICH, *op. cit.*, pp. 41-43). Ahora bien, la situación era, hasta hace poco, diferente: si bien lo usual es que la relación médico-paciente se establezca por vía contractual, ello no suponía que en caso de que se produjesen daños como consecuencia de la misma la responsabilidad se reclamase por tal vía. La peculiar sistemática de la responsabilidad contractual y extracontractual llevaba a que sólo a través de la primera se pudieran reclamar daños patrimoniales puros (*reine Vermögensinteressen*) y sólo a través de la segunda, daños morales (*Schmerzensgeld*; § 847 BGB)). Por este motivo, la existencia de un contrato no impedía que a la vez pudiera surgir una reclamación extracontractual en reclamación de la lesión del cuerpo y la salud. De hecho, la tesis de la acumulación (*Anspruchskumulation*) era la que se seguía en esta materia, según DEUTSCH (*Arztrecht...*, p. 83) o FISCHER y LILIE (*op. cit.*, p. 5). Frente a esto, la segunda reforma del BGB (*Zweiten Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes* de 19 de julio de 2002) ha alterado tal situación, en la medida en que abre el camino a la reclamación del daño moral contractual, al suprimir (artículos 2.2 b y 7) el § 847 BGB y añadir al § 253 un segundo párrafo en que se prevé la indemnización del daño moral por lesión del cuerpo, la salud la libertad personal o sexual. Tales previsiones han sido interpretadas por BROX (*Allgemeines...*, p. 306) y por CAHN (*op. cit.*, pp. 89 y 93) como una expansión de la indemnización de dicho daño al ámbito contractual (así como al de la responsabilidad objetiva), justificada —según el segundo autor— por las tendencias del resto de los países europeos y lo inadecuado de establecer una diferencia en esta materia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

restringido, pues parece que ha de excluirse la posibilidad de una responsabilidad civil derivada de delito por *wrongful birth* o *wrongful life*.

Efectivamente, desde el momento en que se parte de que el profesional sanitario no es el autor del mal o defecto que sufre el niño, se constata que no existe en concreto ningún tipo penal dentro del cual se contemple una conducta de un profesional sanitario consistente en emitir un diagnóstico que informe de un falso negativo. El desvalor que tales comportamientos negligentes puedan acarrear no ha sido considerado suficiente por el legislador como para establecer un delito o falta¹⁸.

Por ello, los implicados en estas acciones sólo pueden reclamar a través de la vía civil (contractual o extracontractual) o la vía administrativa.

3. A partir de ahí, que se deba aplicar la vía civil o la administrativa dependerá, básicamente, de que el error de diagnóstico se haya producido en el ámbito de la sanidad pública (en desarrollo del servicio público sanitario) o en el de la sanidad privada¹⁹.

En el primer caso, se deberá aplicar la responsabilidad administrativa –ya que no cabe duda de que el servicio sanitario entra dentro del concepto de «servicio público»²⁰–,

¹⁸ . Concuerda con esto EMALDI CIRIÓN («La responsabilidad...», p. 1604; *El consejo...*, pp. 232-233).

Una excepción, sin embargo, se podría dar en el caso de un falso negativo en un diagnóstico preimplantatorio. En la medida en que el artículo 162.1 Cp dispone: «quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años», y en la medida en que el requisito de tal consentimiento, según ROMEO MALANDA («Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes. Parte II», *Diario La Ley*, 24 de enero de 2003, p. 5), es su emisión por mujer mayor de edad y con plena capacidad de obrar «de forma libre, consciente y expresa», podría considerarse que en los supuestos en los que se priva de la información relevante para emitir tal consentimiento nos encontraríamos ante una conducta típica. No obstante, parece más bien que el tipo penal se refiere a la ausencia de consentimiento, en vez de al error en el mismo.

¹⁹ . La atención sanitaria en España se establece sobre la coexistencia de dos sistemas de salud diferentes: el público (garantizado por el artículo 43.2 CE) y el privado (reconocido por los artículos 35 y 36 CE, en cuanto al ejercicio individual, y 38, para el ejercicio colectivo, así como, respectivamente, por los artículos 88 y 89 LGS). Los usuarios pueden acudir a cualquiera de estos sistemas de forma alternativa, sucesiva o cumulativa. No obstante, existen ciertas restricciones: en el ámbito del sistema sanitario público, las prestaciones a disposición de los usuarios dependen de la condición de contribuyente o no contribuyente del usuario (prestaciones contributivas y no contributivas); en el ámbito privado, la atención se condiciona al acuerdo entre las partes. GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, p. 24) destacan diferencias entre ambos sistemas (la libertad de elección del profesional médico, pago de honorarios, dotación instrumental o duración de consultas).

²⁰ . El artículo 43.2 CE así parece confirmarlo cuando ordena a los poderes públicos «organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios». Posteriormente, así se afirma también en el Título I LGS, dedicado al Sistema de salud. Por tanto, puede afirmarse sin lugar a dudas que la prestación de servicios sanitarios se desarrolla por parte de la Administración como un servicio público y que, consiguientemente, los daños que acaezcan con ocasión de tal actividad son susceptibles de ser imputados a la Administración a través de la responsabilidad administrativa.

Así lo proclaman entre la doctrina GÓMEZ CALLE («El fundamento...», p. 1720); MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, p. 176); PANTALEÓN PRIETO (*Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administra-*

en la medida en que se pueda considerar que existe un daño que ha sido causado o que es consecuencia del funcionamiento del mismo, procedente de la actuación de un sujeto integrado en el sistema de la sanidad pública²¹.

En el segundo caso, se deberá aplicar el régimen de responsabilidad civil contractual o extracontractual. Entre ambas, dependerá la aplicación de uno u otro régimen de la existencia o inexistencia de un contrato entre el profesional sanitario y el paciente, así como de que el daño se produzca o no en ejecución de la prestación pactada.

A esto habrá que añadir aquellos casos en los que se opte por la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva establecido en el artículo 28 de la Ley 26/1984, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio (LGCDU en lo sucesivo), por el hecho de considerar que el daño sea debido a una prestación defectuosa de servicios sanitarios²².

4. Si bien generalmente la atención se ha centrado, principalmente, en la vía civil extracontractual²³, hay que advertir que la pluralidad respecto de los posibles sistemas bajo los cuales reclamar la responsabilidad por este tipo de acciones, unida a las consideraciones

ción. Hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, Civitas, Madrid 1995, p. 20) y RIVERA FERNÁNDEZ («El conflicto jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública derivada de la asistencia sanitaria», *ADC*, 2002, p. 1632). La primera autora advierte, no obstante, de que en ocasiones el Tribunal Supremo ha negado este carácter a la asistencia sanitaria (negación que quedaba enmarcada en un intento de justificación de la competencia de la Sala 1ª para conocer de supuestos de responsabilidad en el seno de las instituciones sanitarias públicas). Estas dudas deberían quedar disipadas con lo dispuesto en la Disposición Adicional Duodécima introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, cuando señala de forma expresa que la responsabilidad patrimonial en el caso de los organismos y servicios del Sistema Nacional de Salud por los daños causados con ocasión de la asistencia sanitaria seguirá la tramitación administrativa.

²¹. Como resulta patente, esto implica la necesaria concurrencia de un enlace causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño. Sirva, por todos, GARRIDO FALLA (*op. cit.*, pp. 184 y 185), que así lo subraya especialmente para el supuesto de la responsabilidad por funcionamiento normal.

²². Existe cierto consenso doctrinal respecto de la aplicabilidad de este precepto a la medicina pública y privada (y también su aplicabilidad a la responsabilidad contractual y extracontractual). Así, por ejemplo, BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*Comentarios...*, pp. 677 y 723), DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ (*El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y derecho*, Aranzadi, Pamplona 1996, p. 386), GÓMEZ CALLE («El fundamento...», p. 1754-1755 y «Sentencia...», pp. 1193-1194) y PARRA LUCÁN («La responsabilidad...», p. 1250). En contra parecen manifestarse ASÚA GONZÁLEZ (*op. cit.*, p. 1027); BUSTO LAGO («La responsabilidad...», p. 1471) y SEUBA TORREBLANCA, RAMOS GONZÁLEZ y LUNA YERGA (*op. cit.*, p. 2), que restringen la aplicación a los centros privados.

²³. Pese a ello, las acciones que se han planteado ante nuestros tribunales eran susceptibles de ser tratadas a través de la responsabilidad administrativa (SSTS de 6 de junio de 1997 y 4 de febrero de 1999) y por la vía contractual (STS 7 de junio de 2002). Especialmente destacable es, en concreto, la STS de 4 de febrero de 1999 puesto que, planteada la demanda por vía extracontractual, el JPI resolvió en aplicación del sistema de responsabilidad administrativa. La AP, sin embargo, revocó esta decisión y acudió a la responsabilidad extracontractual como vía para resolver el caso (pues consideró que la responsabilidad administrativa distorsionaba la responsabilidad médica). Tal cambio fue criticado por García Varela en el Voto Particular a la sentencia de casación, al afirmar la competencia de la jurisdicción contenciosa para conocer del caso planteado.

anteriores sobre la disparidad normativa entre los mismos, contribuye a incrementar en gran medida la complejidad del estudio de esta materia.

Al lado de las dificultades connaturales a este tipo de reclamaciones a las que ya se ha hecho referencia, se encuentran, además, las que derivan de la dificultad de tener que establecer un tratamiento uniforme para las mismas, que tenga en cuenta la variedad de sistemas a través de los cuales se puede reclamar la responsabilidad. Ello aporta un grado de complejidad al estudio de estas acciones que no siempre se ha tenido en cuenta.

1.2. Los elementos de la responsabilidad

1.2.1. Enumeración de los elementos requeridos por todo sistema de responsabilidad

1. Aunque, como destacan LLAMAS POMBO o YZQUIERDO TOLSADA, generalmente estos elementos sólo se estudian en sede de responsabilidad extracontractual²⁴, la diversidad de sistemas de responsabilidad y las diferencias entre ellos no debe hacer pensar que los elementos necesarios para afirmar la responsabilidad sean diferentes en cada uno de ellos, pues realmente coinciden en su mayor parte. De hecho, toda responsabilidad civil precisa para su exigencia, como mínimo, un comportamiento, un daño y una relación de causalidad entre ambos²⁵. Junto a ellos, el Ordenamiento requiere en ocasiones para poder imputar la responsabilidad al sujeto responsable —en las circunstancias que veremos— la presencia de un comportamiento culpable; pero en otras ocasiones la imputación subjetiva

²⁴ . Respectivamente, *La responsabilidad...*, p. 209 y *Profesional liberal...*, pp. 8-9 y 317.

²⁵ . Según GARRIDO FALLA (*op. cit.*, p. 174), «existen unos elementos comunes a todos los supuestos de responsabilidad por daños», lo que «abarca tanto la responsabilidad contractual, como la extracontractual y, en último término, a la responsabilidad civil derivada de delito» (idea que también recoge FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, pp. 70-71). Como ya se indicó, sin embargo, los intereses presentes en cada uno de los sistemas de responsabilidad conllevan ciertas diferencias a la hora de interpretar estos requisitos, lo que introduce matices entre ellos en el seno de cada régimen. Tales matices deberán ser tenidos en cuenta a la hora de estudiar su concurrencia para el supuesto de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*.

Por otra parte, los mismos elementos se pueden encontrar en general en el derecho comparado, sin perjuicio de que la interpretación sea diferente en atención a las propias peculiaridades del ordenamiento en cuestión (como puede ocurrir con el caso del daño en el sistema alemán, donde se limita mucho más que en nuestro sistema la indemnización del daño moral de acuerdo con el § 823 BGB), o de que la estructuración de éstos varíe (como ocurre en el caso anglosajón, donde el elemento del *duty of care* que forma parte del *tort of negligence* concentra elementos que en nuestro sistema se encuentran repartidos entre el requisito de la negligencia e incluso de la antijuridicidad). La tipicidad o atipicidad de los Ordenamientos en materia de daño será, pues, relevante de cara a la determinación de los elementos y requisitos de la responsabilidad (ver respecto de estos sistemas, entre otros, BUSTO LAGO, *La antijuridicidad...*, pp. 200-202).

de la responsabilidad se realiza acudiendo a otros criterios que prescinden del comportamiento culpable o negligente del responsable (v. gr., responsabilidad objetiva).

2. Todos estos elementos son igualmente necesarios para la constatación de la responsabilidad, sin que entre ellos se puedan establecer jerarquías, ya que la ausencia de cualquiera de ellos implica la negación de la responsabilidad. Aunque en el seno de los cambios producidos en la institución de la responsabilidad se ha tendido a exaltar el papel del daño, en detrimento del de la culpa, y aunque se considera el daño como presupuesto de la responsabilidad²⁶, la ausencia de cualquiera de los demás requisitos deberá determinar la negación de la responsabilidad en el caso concreto, por mucho que se pueda constatar un daño jurídicamente indemnizable.

3. Son estos elementos los que se estudiarán en las páginas posteriores, a fin de constatar en qué medida concurren en los supuestos que dan lugar a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. De ahí la razón por la que aquí se enumeran y por la que se aclara cómo han de estar presentes en todos los sistemas de responsabilidad civil.

4. En este punto, sólo es necesario advertir de que el estudio del comportamiento dañoso no se va a acometer de forma independiente, sino que se va a estudiar al mismo tiempo que la imputación subjetiva de la responsabilidad a los profesionales sanitarios.

En el caso de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, este comportamiento consiste en una actuación o en una omisión que tiene lugar en algún momento del proceso de diagnóstico (fase inicial de reconocimiento y prescripción de pruebas, fase de pruebas o fase de elaboración y comunicación del diagnóstico) y cuyo efecto es que el resultado del mismo, o el resultado que se comunica a los progenitores, es un falso negativo. Su variedad es, pues, muy amplia —de hecho, más de lo que generalmente se indica por la doctrina, que

²⁶ . Sirvan por todos, a este respecto, las expresivas palabras de PANTALEÓN PRIETO: «sin daño no puede haber indemnización» («Sentencia del Tribunal Supremo de 25 junio 1983», *CCJC*, 1983, (mg. 70), p. 796); «por reprochable al deudor que haya sido una falta de cumplimiento, no existirá responsabilidad contractual, si el incumplimiento, como a veces sucederá, no causa daño al deudor» («El sistema...», p. 1023); «el concepto de daño debe perfilarse a la luz de su significación jurídica: la de ser el elemento fundamental de los supuestos de hecho de las normas de responsabilidad contractual y de responsabilidad extracontractual» («Voz "Daño (Dº civil)"», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen II, Civitas, Madrid 1995, p. 1896) o «puede haber responsabilidad extracontractual sin culpa, pero no sin daño» («Cómo repensar...», p. 439). Por otra parte, este mismo pronunciamiento se encuentra en el derecho de los países de nuestro entorno (BONASI BENUCCI, *op. cit.*, p. 41; CARBONNIER, *op. cit.*, p. 377 y 386; los MAZEAUD, *op. cit.*, pp. 58 y 59; MAZEAUD y TUNC, *Tratado I...*, pp. 2, 4 y 293 y ZANNONI, *El daño...*, p. 1).

suele limitarse a citar algunos de los posibles comportamientos relevantes²⁷— y se ha de poner en conexión, como aquí se hace, con los diversos comportamientos que pueden derivar en el falso negativo

1.2.2. El problema de la antijuridicidad

1. La enumeración de estos elementos de la responsabilidad no se puede finalizar sin referirse a un quinto elemento que es invocado por algunos autores: la antijuridicidad²⁸. Este elemento plantea ciertos problemas, puesto que se entiende de diversa forma en cada uno de los sistemas de responsabilidad, e incluso dentro de ellos no adquiere un perfil bien definido, ya que existen dudas respecto a su naturaleza e, incluso, su independencia²⁹.

De hecho, se trata de un elemento muy debatido entre nuestra doctrina, fundamentalmente en relación a su constatación en el régimen de la responsabilidad extracontractual. Igualmente, su presencia en el derecho comparado tampoco es uniforme (aunque así lo pretende BUSTO LAGO)³⁰. Por nuestra parte, no llegamos a tanto. Simplemente considera-

²⁷. Por citar dos ejemplos, entre nuestros autores restringe DE ÁNGEL YÁGÜEZ estos comportamientos a tres: error en la formulación del diagnóstico, error en la comunicación del diagnóstico y falta de consejo sobre la conveniencia del diagnóstico («Diagnósticos I...», p. 109; *Responsabilidad civil...*, p. 159; «La segunda...», p. 120; «Artículo 1902...», p. 533); y, de forma similar, entre la doctrina extranjera («Note...», p. 2017 nota 4) se distingue entre: «(1) failing to impart adequate information about their risk of producing a child who has a serious defect or (2) failing to perform prenatal diagnostic procedures with due care or (3) failing to report accurately the results of tests already performed». Sin embargo, como veremos, la variedad es mucho mayor.

²⁸. Fundamentalmente, BUSTO LAGO (*La antijuridicidad...*, p. 34), autor que la estudia en profundidad en la obra mencionada; pero también, con ciertos matices, Díez-PICAZO (*La responsabilidad...*, p. 734); GARRIDO FALLA (*op. cit.*, p. 174) o LACRUZ BERDEJO (*Elementos II-2...*, p. 468). Según el primer autor citado, la jurisprudencia también ha acogido la idea de la ilicitud del daño como presupuesto necesario para que surja la obligación de indemnización, aunque admite que acaba confundiendo este elemento con el requisito de la culpa (*La antijuridicidad...*, pp. 178-180).

²⁹. Para un análisis de las teorías de la antijuridicidad, ver BUSTO LAGO (*La antijuridicidad...*, pp. 54-65).

³⁰. Según este autor (*La antijuridicidad...*, p. 175), los códigos civiles más recientes (alemán, suizo, italiano, portugués y holandés) recogen de forma expresa la antijuridicidad. La omisión de esta referencia en los artículos 1902 Cc y del 1382 del *Code civil* francés no es obstáculo para el autor para interpretar que también tal elemento se encuentra presente en ellos (p. 177). De hecho, señala no sólo la existencia de antecedentes históricos de tal requisito en nuestro Ordenamiento (pp. 180-184); sino también un fundamento normativo del mismo en una determinada interpretación del artículo 1089 Cc, según la cual los actos en que interviene cualquier género de culpa o negligencia son ilícitos (pp. 184-187).

En esta misma línea, KOZIOL, como redactor de las conclusiones de un estudio de derecho comparado sobre la antijuridicidad del *European Group of Tort Law*, indica que este elemento juega un papel decisivo en todos los países, aunque su significado sea diferente en cada uno de ellos, manifestándose respecto del resultado dañoso o respecto del comportamiento del actor (*Unification of tort law: wrongfulness*, Editado por H. Koziol, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston 1998, p. 129).

Ahora bien, también es cierto que en algunos de los sistemas en que se hace referencia expresa a la antijuridicidad tal referencia no siempre tiene un contenido propio. Así, destaca VON BAR (*Vol. II*, p. 235-238) cómo en Alemania la remisión del § 823 BGB a tal elemento se encuentra vacía de contenido, pues simplemente

mos que no es necesario tratarlo de forma independiente, sino que su finalidad —al menos en el caso de las acciones que aquí se estudian— se alcanza a través del resto de los elementos de la responsabilidad.

2. En concreto, los mayores problemas se encuentran en la responsabilidad extracontractual, donde no existe acuerdo sobre si este elemento ha de calificar al daño (y ser caracterizado como la contravención del Ordenamiento o la lesión de un derecho o interés protegido de otro sujeto: desvalor del resultado³¹), o al comportamiento del agente (manifestándose entonces como conducta contraria a Derecho: desvalor de la conducta)³².

resume lo que ya indica expresamente: la protección de los derechos absolutos. Frente a esto, han surgido también corrientes de interpretación de la antijuridicidad en relación al comportamiento del agente (como comportamiento contrario a una norma, prohibición o deber de cuidado), lo que se critica ocasionalmente por su similitud con el requisito de la culpa. Así, destacan KÖTZ y WAGNER, *op. cit.*, p. 45, que la pregunta decisiva es si el demandado hizo o dejó de hacer lo que hubiera hecho o dejado de hacer un hombre cuidadoso medio, se responda tal cuestión a través de la culpa o de la antijuridicidad) y LARENZ y CANARIS (*op. cit.*, p. 399) afirman lo difícil que resulta definir la antijuridicidad.

Por otra parte, destaca VON BAR que también la remisión en el *common law* a este elemento carece de entidad propia y que se emplea como sinónimo de *tort* (p. 238). En el derecho francés, donde BUSTO LAGO apunta que el concepto de antijuridicidad se encuentra implícito en el de *faute* (*La antijuridicidad...*, p. 177), recoge en cambio VON BAR que se rechaza actualmente este elemento, ya que es inútil (como mera tautología), ilusorio (porque no se pueden listar todos los deberes cuya ruptura es ilícita) y peligroso (pues lleva a pensar que no existe la *faute* sin la ilicitud): p. 242. En resumen, se trata de una cuestión discutible.

³¹. En este sentido, DE CUPIS sostenía que si bien el concepto común de daño no ofrece limitación alguna, no existe ningún ordenamiento en que se haya sentido la necesidad de reaccionar ante cualquier daño (más bien el derecho elige los hechos que considera relevantes de ser indemnizados). En tal determinación, según este autor, es la antijuridicidad la que juega un papel determinante (*op. cit.*, pp. 81-84), por lo que se define su función como delimitadora del daño resarcible. Tales ideas son admitidas entre nuestros autores por BUSTO LAGO (*La antijuridicidad...*, pp. 165-166) y Díez-PICAZO (*Daños...*, pp. 294-298).

Este último autor identifica este elemento con la lesión a intereses protegidos y con un juicio de desvalor sobre el resultado: es un daño antijurídico el que lesiona un derecho o interés digno de tutela. En Alemania algunos autores acuden a asociar la idea de la antijuridicidad con la lesión de deberes en el tráfico, como vía para definir este amplio concepto (LARENZ y CANARIS, *op. cit.*, pp. 399 y siguientes; MEDICUS, *Besonderer...*, pp. 367-368), si bien hay que indicar que la identificación de deberes del tráfico es una operación que también puede ser identificada con una definición del comportamiento negligente.

³². Tal interpretación de la antijuridicidad surge históricamente en el marco penal a través de la teoría del finalismo, en cuyos postulados se sostiene que no es admisible sustraer al hecho la intención que lo preside y que, por ello, la antijuridicidad no ha de limitarse a los elementos objetivos del hecho, sino también al elemento subjetivo de su finalidad (MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 5ª edición, Reppert, Barcelona 1998, p. 126). Trasladada al marco civil, esta interpretación del elemento de la antijuridicidad es acogida, entre otros, por GONZÁLEZ MORÁN (*op. cit.*, pp. 59 y 60); ROCA TRÍAS (*Derecho...*, pp. 23 y 66) o SANTOS BRIZ (*Temas...*, p. 23), que asocian la antijuridicidad a la ilicitud del acto (concepto con el que no se permite una distinción con respecto del requisito de la culpa).

Como posición intermedia, BUSTO LAGO (*La antijuridicidad...*, pp. 50-52) distingue, al igual que se hace en el ámbito penal (ver al respecto, MIR PUIG, *op. cit.*, pp. 122-123 o ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, Tomo I, Traducción y notas de D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Civitas, Madrid 1997, pp. 558-562), entre antijuridicidad formal (contravención del Ordenamiento jurídico, entendido como todas las normas, así como costumbres y principios generales del Derecho) y antijuridicidad material (menoscabo en los derechos o intereses ajenos). Se define, pues, este elemento de forma ecléctica como la contravención del Ordenamiento jurídico y la lesión de un derecho subjetivo o interés legítimo, ca-

En el resto de los sistemas, allí donde se refieren a este elemento —pues generalmente no se suele aludir al mismo— lo hacen de manera unívoca. Así, en la responsabilidad contractual, la antijuridicidad aparece como la contravención de lo convenido entre las partes³³; y en el marco de la responsabilidad administrativa, la antijuridicidad se pone en relación con la existencia o inexistencia de un deber del administrado de soportar el daño³⁴.

3. Frente a estas opiniones favorables, otra parte de la doctrina critica tal elemento en la responsabilidad extracontractual. Se rechaza, por un lado, por su falta de entidad propia³⁵. Por otro lado, se le critica su falta de encaje en el sistema extracontractual, donde no se requiere la lesión de un derecho absoluto, como en Alemania, para reclamar una indemnización por el daño sufrido³⁶.

rente de justificación (p. 67). Así pues, el objeto de calificación como antijurídico es el comportamiento y el parámetro de calificación, la norma violada o el interés jurídicamente protegido (p. 66).

³³. Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema II...*, pp. 544-545) distinguen entre la responsabilidad contractual, en que el hecho generador de la responsabilidad es siempre ilícito —en la medida en que se viola un derecho del acreedor—, y la responsabilidad extracontractual en que lo antijurídico no sólo supone la violación de una norma, sino también del principio *alterum non laedere*. En este mismo sentido, afirman los alemanes BROX y WALKER (*Allgemeines Schuldrecht*, 28ª edición, Verlag C.H.Beck, München 2002, p. 301) que en el ámbito contractual no es necesario probar la antijuridicidad, puesto que se produce con el supuesto de hecho objetivo.

Por su parte, señala CARRASCO PERERA («Artículo 1104», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Tomo XV, Volumen 1º, EDESA, Madrid 1989, p. 593) que el incumplimiento, por definición, es un resultado injusto, pero que el juicio de ilicitud no coincide con el de imputabilidad.

³⁴. Así, en el ámbito de la responsabilidad administrativa recuerdan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (*op. cit.*, pp. 376-380) o MARTÍN REBOLLO («Estado de la cuestión...», p. 45, «Voz “Lesión (Dº Administrativo)”», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen III, Civitas, Madrid 1995, p. 3973, y «Responsabilidad...», *EJB*, p. 5927) que hay quien identifica el elemento de la antijuridicidad con la idea del daño que el administrado no tiene deber jurídico de soportar. En concreto, es considerado de esta forma por una serie de autores, aunque hay que advertir que no es una doctrina unánime: MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA (*op. cit.*, pp. 970, 971 y 1006-1007); COSCULLUELA MONTANER (*op. cit.*, pp. 555-556); HURTADO MARTÍNEZ (*op. cit.*, pp. 803 y 813); PARADA VÁZQUEZ (*op. cit.*, p. 649) o PLAZA PENADÉS (*op. cit.*, pp. 132, 166).

³⁵. En este sentido, PANTALEÓN PRIETO («Cómo repensar...», p. 440 nota 5) señala que el hecho de que la responsabilidad extracontractual sea una institución independiente de la responsabilidad penal y de las normas sobre atribución impide poder considerar como integrante de la misma el requisito de la antijuridicidad (tanto el basado en el desvalor de la conducta, como el basado en el desvalor del resultado).

Más moderado, DE ÁNGEL YÁGÜEZ parece dar a entender que ninguna de las teorías de definición de la antijuridicidad otorga suficiente independencia a este elemento que, «como colofón», no se encuentra recogido en el artículo 1902 Cc (*Tratado...*, pp. 260-261; «Artículo 1902...», pp. 366-368). Del mismo modo, REGLERO CAMPOS («Conceptos...», pp. 52-55) se refiere a la antijuridicidad como elemento que no es autónomo en nuestro ordenamiento, sino que puede presentarse aparejado a otros elementos de la responsabilidad civil —generalmente, la culpa o negligencia—, cuando sobre el sujeto responsable pesa un deber de información, de seguridad o de vigilancia.

³⁶. En este sentido, PANTALEÓN PRIETO («Artículo 1902...», pp. 1994-1995; «Daño...», *EJB*, p. 1897) rechaza que sea un presupuesto del derecho de daños (cuestión que analiza con mayor detenimiento en *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del derecho de Daños*, Tesis inédita, Universidad Autónoma de Madrid, 1981, pp. 395-402, donde estudia cómo las normas de responsabilidad civil —frente a otros tipos de normas— no requieren en su presupuesto del elemento de la antijuridicidad). Por un lado, nuestro sistema de responsabilidad extracontractual no es típico, sino de cláusula general, por lo que, en principio, es indemnizable todo

El resultado es que en muchas ocasiones la admisión de este elemento se restringe únicamente a su faceta negativa: es decir, como requisito para exonerar de responsabilidad al agente cuando el daño se causara en ejercicio de un derecho, por legítima defensa o estado de necesidad³⁷; supuestos que, dicho sea de paso, carecen de incidencia en las acciones de responsabilidad aquí planteadas.

4. Si se atiende a la idea de la antijuridicidad exclusivamente en el marco civil, parece, en principio, que si se plantea la necesidad de este quinto elemento de la responsabilidad, ha de asociarse al concepto de daño, como límite a través del cual determinar qué daño resulta jurídicamente resarcible. Su asociación al comportamiento del agente productor del daño, si se identifica con el requisito de un comportamiento contrario a derecho, no parece añadir nada al criterio de la culpa o negligencia; y si se identifica, al estilo anglosajón, con la determinación de la transgresión del Ordenamiento jurídico, como paso previo a la apreciación de si tal conducta transgresora es negligente³⁸, se lleva a cabo una división innecesaria que ya se realiza implícitamente en la constatación del elemento de la culpa, pues de

daño (en tanto que no sea ilícito el interés lesionado), de manera que no se exige la lesión de una norma primaria para apreciar una responsabilidad. Critica, por otro lado, la consideración del *alterum non laedere* como norma primaria, pues en un sistema fundado en la competencia que permite e incentiva la realización de actividades peligrosas no se puede considerar como tal. Finalmente, cuando se plantea la antijuridicidad como una determinada conducta, su similitud con el criterio de la culpa impide que se pueda apreciar la utilidad de tal elemento, motivo por el cual se ha de concluir rechazándolo (conclusión y críticas que recoge de forma muy similar YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, pp. 111-112).

³⁷. Así, FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, pp. 73-74) reconduce la cuestión de la antijuridicidad a un problema de existencia o no de causa de justificación de la actuación dañosa. En el derecho anglosajón reconocen JACKSON («Action...», pp. 544-545) y ROGERS (*op. cit.*, p. 93) esta misma idea en relación con el concepto de *duty*, del que señala Lord Goff que su función no es tanto la de identificar los casos en que se establece responsabilidad, sino aquéllos en que no se establece.

Si bien es posible que, como señala BUSTO LAGO (*La antijuridicidad...*, p. 191), el reconocimiento de esta función implícitamente suponga una aceptación del elemento de la antijuridicidad, con ello no se le otorga la carta de naturaleza que pretenden este autor y otros, como elemento que ha de estar necesariamente presente, pues sólo se constata su utilidad en tanto que esté ausente.

³⁸. En esta línea, YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, p. 334) otorga cierto sentido a esta determinación de la antijuridicidad en la conducta, al margen de la noción de culpa, cuando señala que con ella lo que se determina es si se ha transgredido el orden jurídico, tras lo cual se deberá apreciar si se puede o no imputar la responsabilidad al agente de acuerdo con el parámetro de la culpa. Esta misma idea parece implícita en BUSTO LAGO cuando reivindica la independencia entre antijuridicidad y culpa, pues una cosa es la imputación de la responsabilidad y otra la antijuridicidad (*La antijuridicidad...*, pp. 57-58, 176). Como prueba, señala la exigencia de este elemento también en el marco de la responsabilidad objetiva (p. 174).

Con ello, parece que la distinción que se realiza entre antijuridicidad y culpa recuerda en cierto modo a la diferencia establecida en el derecho anglosajón entre el elemento del *duty of care* y el *breach of a duty* (como ponen de relieve LUNNEY y OLIPHANT, *op. cit.*, p. 104). De hecho, señala VON BAR (*Vol. II*, p. 240) que la interpretación que hace nuestro Tribunal Supremo del elemento de la antijuridicidad lo aproxima al concepto de *duty of care*. La misma relación parece encontrarse implícita en las conclusiones de KOZIOL al estudio de derecho comparado sobre antijuridicidad del *European Group on Tort Law* (*op. cit.*, pp. 130-135).

forma previa a la determinación de la negligencia se ha de partir del establecimiento del parámetro o deber de conducta al que quedaba obligado el responsable (de hecho, en el caso de la responsabilidad médica, tal elaboración previa de deberes se realiza como vía para delimitar la *lex artis*, como veremos)³⁹.

Ahora bien, si de lo que se trata es de crear un elemento a través del cual se delimite qué daño es jurídicamente indemnizable, la cuestión es hasta qué punto es necesario establecer su constatación como elemento independiente y hasta qué punto no se integra directamente en el elemento del daño. Acudir a un concepto de antijuridicidad, como lesión de intereses o derechos jurídicamente protegidos, no añade realmente nada, pues vuelve a traer a colación la pregunta de cuáles son esos intereses. Se trata, en definitiva, de la misma pregunta que se establece en torno al daño, a la hora de decidir qué daño indemnizar y cuál no. La idea que hay que retener es la de que no todo daño es indemnizable, pues la responsabilidad civil se formula como excepción y no como regla general. A partir de aquí, que este límite se denomine como antijuridicidad o que se deduzca de la propia esencia del instituto de la responsabilidad y de su función limitada, es, en cierto modo, indiferente.

5. Aquí, en concreto, no se va a tratar como elemento independiente. Desde el momento en que se va a estudiar extensamente la idea del daño resarcible como un daño de extensión más restringida que el daño en su concepción usual —problema de definición del daño resarcible que es, en definitiva parte del problema principal que se establece en torno a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*—, no es preciso posteriormente otro estudio diferenciado o independiente en el que se planteen de nuevo las mismas cuestiones bajo el prisma difuso de la antijuridicidad.

La respuesta a la cuestión de si en estos casos existe un daño antijurídico, como lesión a un interés jurídicamente protegido, se deberá contestar con la respuesta que se dé a la cuestión de si en estos casos es apreciable un daño resarcible. Por tanto, será a ese estudio al que deba remitirse la cuestión de si el daño aquí planteado es o no un daño antijurídico.

³⁹ . En este sentido, pone de relieve DíEZ-PICAZO (*Daños...*, p. 292) que esta teoría hace imposible separar esta idea de la de culpabilidad entendida en sentido normativo.

2. LA CONCURRENCIA DE LOS DIVERSOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD EN RELACIÓN A LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH*

2.1. La regla general y sus excepciones

2.1.1. La responsabilidad contractual

1. La atención médica a la que se ven sometidos los progenitores y que da origen a estas acciones de responsabilidad por *wrongful birth* se establece generalmente a través de un vínculo contractual entre el o los progenitores que van a recibir la atención sanitaria y el o los profesionales que van a desarrollar esta prestación⁴⁰. Al igual que ocurre en general en el ámbito sanitario, este contrato se celebra en la práctica generalmente de forma verbal o, incluso, a través de manifestaciones tácitas del consentimiento por ambas partes⁴¹. La doctrina, sin embargo, suele recomendar la forma escrita, pues aunque la verbal no impide la validez de dicho contrato, sí dificulta el conocimiento de su contenido⁴².

⁴⁰ . Hay que señalar, no obstante, que en un principio fue negada la posibilidad de un contrato de servicios médicos, sobre la base de diversos razonamientos, actualmente rechazados. Por un lado, se sostenía que los actos de ejercicio de una profesión intelectual no podían ser objeto de contrato, pues la inteligencia no formaba parte del comercio de los hombres. Así lo reconocen ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, p. 121), LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, p. 98) y GITRAMA GONZÁLEZ (*op. cit.*, pp. 340-342), que se oponen a esta idea, por no corresponderse con la situación actual (no hay jerarquía entre los diversos trabajos).

Por otro lado, se argumentaba que el objeto de esa prestación –el cuerpo humano– determina la ilicitud del contrato. Sin embargo, como puntualizan numerosos autores (entre otros ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 122; FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, p. 28 o GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO, *op. cit.*, p. 472) en estos contratos, el cuerpo humano no es tanto el objeto del contrato como el lugar donde se practican los servicios objeto del contrato; el objeto es la prestación de asistencia médica.

⁴¹ . En este sentido, distingue con claridad ALONSO PÉREZ, M.^a T. (*Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, J.M. Bosch Editor, Barcelona 1997, pp. 354-358) entre el consentimiento contractual (respecto del que existe libertad de forma) y el consentimiento a la intervención (que la ley exige en algunos casos por escrito). En materia de consentimiento contractual, como señala ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, p. 125) surge el contrato desde que el médico acepta hacerse cargo de un enfermo que se lo ha solicitado; pero por ambas partes la voluntad puede manifestarse de forma tácita. Concuerda con ello la doctrina mayoritaria (a modo de ejemplo, FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema...*, p. 31; GÓMEZ CALLE, «El fundamento...», p. 1698; LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, p. 198 y ROMEO CASABONA, *El médico...*, p. 109).

Esta misma idea se encuentra presente en el derecho comparado. Así, en el caso francés, indica PENNEAU (*Médicale...*, p. 8) que por el hecho de establecer una consulta, el médico: «est en état de pollicitation, et lorsque le patient répond à cette offre et l'accepte, le contrat est formé». Igualmente, en Alemania se afirma la posibilidad de que el contrato no se plasme por escrito y derive de comportamientos concluyentes de las partes (por todos, DEUTSCH, *Arztrecht...*, p. 31).

⁴² . Así, LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, p. 200 y SÁNCHEZ GÓMEZ, *Contrato...*, p. 30). De hecho, esta forma escrita predomina en ciertos contratos de servicios médicos, como son los que se celebran con las aseguradoras sanitarias. La masificación de la prestación de servicios sanitarios y el volumen de contratos que tales aseguradoras manejan llevan a que la contratación con las mismas se realice a través de un contrato prefijado por la aseguradora.

2. En general se parte de que los progenitores, en uso de su autonomía de la voluntad, acuden a un determinado profesional sanitario y acuerdan con él la prestación de atención sanitaria o el seguimiento de su proceso de concepción o embarazo. El hecho de que sea en ejecución de tal contrato donde se produce el error de diagnóstico que da origen a estas acciones es lo que determina que los daños que surjan de estos hechos deban ser reclamados contractualmente. La regla general es, pues, la responsabilidad contractual.

3. Sin embargo, esta regla encuentra bastantes excepciones que llevan a plantearse su propia calificación como regla general. No se trata sólo de los casos «patológicos» del contrato, en que su nulidad o anulación produce la inexistencia de un vínculo contractual y, con ello, la calificación de los daños como extracontractuales⁴³; sino de otros casos en que entran en juego factores como la pluralidad de intervinientes del contrato.

En la medida en que estas excepciones se puedan producir en el contexto de las acciones aquí estudiadas⁴⁴, es necesario examinarlas, aunque sea de forma breve. Por orden de frecuencia en relación a nuestro caso, estas excepciones son:

2.1.2. Primera excepción: la responsabilidad administrativa

1. Cuando el evento que origina la reclamación por *wrongful birth* y *wrongful life* se produce en el ámbito de la sanidad pública, y bajo el régimen de ésta, se cumple, como ya se indicó, el presupuesto de la responsabilidad administrativa (daños producidos por el fun-

⁴³ . Recoge a este respecto LLAMAS POMBO el supuesto de la nulidad contractual y del contrato que nunca ha existido, como ejemplos de responsabilidad extracontractual (*La responsabilidad...*, pp. 206-208).

⁴⁴ . Esto excluye, por ejemplo, el análisis de una de las excepciones que tradicionalmente se han opuesto a la usual vinculación contractual entre paciente y profesional sanitario: la asistencia sanitaria prestada en situación de urgencia, que se suele calificar de extracontractual, por la falta de voluntad contractual por ambas partes involucradas (si bien existe una corriente que identifica estos supuestos como cuasicontratos, en tanto que gestión de negocios ajenos sin mandato: ver en este sentido, entre otros, GITRAMA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 335-337; GÓMEZ CALLE, «El fundamento...», p. 1696; MARTÍN BERNAL, *Responsabilidad...*, pp. 196-197; SANTOS BRIZ, *Temas...*, p. 178 o YZQUIERDO TOLSADA, *Profesional liberal...*, p. 148. En contra, ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 223 y FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, p. 46).

Aunque no queda completamente fuera del ámbito de lo posible que se pueda generar un falso negativo en el contexto de una atención sanitaria de urgencias a una mujer (piénsese, por ejemplo, en una embarazada que sufriera un determinado accidente antes de las primeras veintidós semanas de embarazo, que obligara a una atención de urgencia para comprobar su estado, así como el del embrión o feto y que en tal atención se emitiera tal diagnóstico falso negativo), se trata de un caso prácticamente de laboratorio que no es frecuente que se produzca en la práctica (sobre todo porque generalmente la asistencia de urgencia irá seguida de un posterior seguimiento o control en el cual se pueda detectar el falso negativo), de ahí que su estudio ofrezca escaso interés.

cionamiento de un servicio público), por lo que se debería someter la reclamación de responsabilidad a este régimen de responsabilidad.

2. Hasta hace poco, sin embargo, estos casos de responsabilidad médica en la sanidad pública se han venido planteando ante la jurisdicción civil, que se declaraba competente para conocer de las demandas de responsabilidad administrativa en que se reclamara responsabilidad al profesional sanitario causante del daño junto a la Administración⁴⁵. Sobre el principio de la *vis attractiva* de la jurisdicción civil, la consideración de la actividad administrativa como privada y ajena a la noción de *imperium*, la interpretación estricta del concepto de servicio público y el intento de evitación de un peregrinaje jurisdiccional, los órganos jurisdiccionales civiles afirmaban su competencia en estos supuestos, pese a que era contrario a lo dispuesto por el derecho positivo, no siempre claro⁴⁶.

De hecho, esta práctica judicial llevó incluso a plantearse la pregunta, ampliamente debatida entre la doctrina y la jurisprudencia, de si el régimen aplicable a estos casos había de ser el de la responsabilidad extracontractual (pues no existía vínculo alguno entre el afiliado a la Seguridad Social y el profesional médico), o el de la responsabilidad contractual (pues había de considerarse la existencia de un contrato presunto o, incluso, de un contrato

⁴⁵. Así lo recogen, entre otros, GONZÁLEZ MORÁN (*op. cit.*, pp. 191-194); MARTÍN REBOLLO («Estado de la cuestión...», pp. 65 y 84-85); PANTALEÓN PRIETO (*Responsabilidad médica...*, pp. 17-28) y RIVERA FERNÁNDEZ (*op. cit.*, pp. 1628-1651).

Ejemplos de esta corriente se encuentran en numerosas SSTs, entre ellas, las de 2 de febrero de 1987, 30 de julio de 1991, 11 de junio de 1993, 8 de febrero de 1994 y 27 de febrero de 1995 y 24 de junio de 1997. Como excepciones a esta doctrina, ver la jurisprudencia que citan PANTALEÓN PRIETO (*Responsabilidad médica...*, pp. 15-16) y RIVERA FERNÁNDEZ (*op. cit.*, pp. 1618-1619).

⁴⁶. El origen de esta corriente se encuentra, de hecho, en la propia legislación existente. A grandes rasgos, el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 instauró un sistema de dualidad jurisdiccional para el conocimiento de la responsabilidad administrativa que atribuía a los tribunales ordinarios el conocimiento de los daños causados cuando la Administración actuara en relaciones de Derecho privado; conocimiento que, como señalan MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA (*op. cit.*, pp. 1038-1039), debía ser enjuiciado de acuerdo con los preceptos civiles (a diferencia de la responsabilidad de derecho público). Esto sentó el principio por el cual la jurisdicción civil entró a conocer de la responsabilidad administrativa; conocimiento que se amplió en parte por un intento de huida de las más bajas indemnizaciones de la jurisdicción contencioso-administrativa (GÓMEZ CALLE, «El fundamento...», pp. 1728-1729).

Aunque en 1992, la LRJPAC y su Reglamento cambiaron el sistema y concentraron en la jurisdicción contenciosa el conocimiento de toda acción de responsabilidad contra la Administración (lo que hizo pensar a la doctrina en una reinstauración del sistema de unidad jurisdiccional: MARTÍN REBOLLO, «Voz "Causalidad (Dº Administrativo)"», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen I, Civitas, Madrid 1995, p. 972 y PARADA VÁZQUEZ, *op. cit.*, pp. 657-658, entre otros), la jurisdicción civil mantuvo *contra legem* el conocimiento de estos casos. Hay que admitir, no obstante, que, pese a la regulación unitaria, existían dudas sobre el régimen sustantivo y los entes a los que era aplicable tal principio; dudas que facilitaron esta interpretación (MARTÍN REBOLLO, «La responsabilidad de las Administraciones Públicas en España: Nota introductoria», en *Cuadernos de Derecho Judicial (XIV)*, CGPJ, 1996, p. 16).

de adhesión). Ambas opiniones contaban con un gran número de seguidores, por lo que no se podía hablar de predominio de ninguna de ellas⁴⁷.

3. Tal opción, en la actualidad, carece de sentido, pues parece haber quedado definitivamente excluida por la conjunción de tres normas: el artículo 9.4 p.2 LOPJ (modificado por Ley Orgánica 6/1998, de modificación de la Ley Orgánica del Poder judicial), el artículo 2.e) de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y los artículos 139 y siguientes LRJPAC (modificados por Ley 4/1999, de 13 de enero). A través de ellos se establece de modo general la atribución competencial a la jurisdicción contencioso-administrativa de todo pleito relativo a la responsabilidad patrimonial⁴⁸, a la vez que se consagra el principio de responsabilidad exclusiva de la Administración, por el cual la de-

⁴⁷. Entre los primeros se contaban, entre otros, ASÚA GONZÁLEZ (*op. cit.*, pp. 971-972); ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, pp. 228-232 y 372); DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ (*El régimen...*, p. 290); FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, pp. 287 y 425); GONZÁLEZ MORÁN (*op. cit.*, pp. 162-163) o MÚRTULA LAFUENTE («La responsabilidad patrimonial de la Administración por contagio del virus del SIDA a través de transfusión de sangre. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 28 de diciembre de 1998», *ADC*, 1999, p. 1720). Igualmente, entre la jurisprudencia, esta tesis ha sido seguida, entre otras, por las SSTS de 20 de febrero de 1981, 22 de junio de 1988, 12 de febrero de 2000 y 11 de junio de 2001.

Entre los segundos, encontramos a BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («Sentencia del Tribunal Supremo de 24 septiembre de 1999», *CCJC*, 1999, (mg. 1419), p. 204); GÓMEZ CALLE («El fundamento...», p. 1712; «Sentencia...», pp. 1186-1187); GUTIÉRREZ LUNA (*La responsabilidad de médicos y sanitarios*, Tipografía Castillo, Algeciras 1992, pp. 51 y 60-61); MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, pp. 176, 201-202); PLAZA PENADÉS (*op. cit.*, pp. 50 y 52); REGLERO CAMPOS («Conceptos...», p. 112) y SANTOS BRIZ (*Temas...*, p. 179). El Tribunal Supremo, partiendo de la existencia de una relación jurídica previa entre dañante y dañado, afirmaba la responsabilidad contractual para el caso de la afiliación a la Seguridad Social en las SSTS de 18 de febrero de 1997, 19 de febrero y 18 de junio de 1998 y 30 de diciembre de 1999.

⁴⁸. El actual artículo 9.4 p.2 LOPJ atribuye competencia a la Administración sobre las cuestiones relativas a: «la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social». El artículo 2. e) LJCA indica que la jurisdicción contencioso-administrativa será la única competente para conocer «de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación del que se derive». Finalmente, el artículo 144 LRJPAC dispone la responsabilidad directa de las Administraciones en relaciones de derecho privado, cuya exigencia seguirá el régimen general de responsabilidad administrativa de los artículos 139 y siguientes LRJPAC; y el 145.1 LRJPAC, el principio de exigibilidad directa a la Administración de la responsabilidad.

A partir de ahí, la doctrina ha sido prácticamente unánime en su proclamación de la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de estos pleitos. Por citar sólo algunos, ésta es la opinión reflejada en MONEDERO MONTERO DE ESPIONSA (*op. cit.*, p. 1042); COSCULLUELA MONTANER (*op. cit.*, p. 552, 560); FERNÁNDEZ COSTALES («En torno a la responsabilidad médica y a la responsabilidad patrimonial por daños causados al paciente», en *Estudios de Responsabilidad civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Coordinados por R. de Ángel Yágüez y M. Yzquierdo Tolsada, Dykinson-Ciudad Argentina, Madrid 2001, p. 125); GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (*op. cit.*, p. 374) y REGLERO CAMPOS («Conceptos...», pp. 114-115). No obstante, algunos autores siguen admitiendo la posible responsabilidad de la Administración a través de vía civil. Tal es el caso de PÉREZ-TENESSA (*op. cit.*, p. 53) o SANTOS BRIZ («Unidad...», p. 597).

manda de responsabilidad sólo se puede dirigir frente a ella. Su responsabilidad pasa a ser, pues, no sólo directa, sino también exclusiva⁴⁹.

Por tanto, salvo ciertas excepciones sin apenas relevancia en relación a las acciones aquí estudiadas⁵⁰, habrá que considerar el ordenamiento civil, en principio, como únicamente aplicable a la medicina privada⁵¹. Será la jurisdicción contencioso-administrativa la que conozca de los pleitos en que se vea involucrada la Administración sanitaria, incluso aunque intervenga en la causación un tercero ajeno a la responsabilidad administrativa⁵².

⁴⁹. El primer adjetivo debe entenderse en el sentido de «no subsidiaria» (COSCULLUELA MONTANER, *op. cit.*, p. 552 y MARTÍN REBOLLO, «Estado de la cuestión...», p. 13 y «Nota...», p. 14).

El segundo, que algunos califican inadecuadamente con la idea de «directa» (MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, *op. cit.*, pp. 1040, 1048), hace referencia a que la demanda de responsabilidad se debe interponer en todo caso frente a la Administración, sin perjuicio de que ella, a su vez, repita el monto de la indemnización al autor material. Este principio había sido enunciado ya de acuerdo con la regulación de la LRJPAC anterior a la reforma por PANTALEÓN PRIETO (*Responsabilidad médica...*, pp. 55-56 y 60), que así lo afirmaba de acuerdo con el antiguo artículo 145.1 y que interpretaba que la remisión que realizaba el artículo 146, sobre la exigencia de responsabilidad del personal al servicio de la Administración, a la legislación correspondiente se debía limitar a las conductas privadas. Con ello no se colocaba al administrado en peor situación y, sobre todo, se establecía una especie de garantía frente al funcionario para que no se le demandase como vía para atraer a la jurisdicción civil a la Administración.

⁵⁰. Las excepciones más importantes son:

- Los procesos que se encuentran en trámite (principalmente apelación y casación) se continuarán ante la jurisdicción civil si fue ante ella ante la que se planteó el recurso. De acuerdo con la doctrina de la *perpetuatio iurisdictionis*, que evita el peregrinaje jurisdiccional (BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «4 de febrero de 1999...», p. 855), en los próximos años se mantendrá el problema (CASTILLO CALVÍN, «Repertorio de consideraciones sobre responsabilidad civil médica y hospitalaria», *La Ley*, 23 de febrero de 2001, p. 4; PLAZA PENADÉS, *op. cit.*, p. 142 y REGLERO CAMPOS, «Conceptos...», p. 115).

- La responsabilidad civil derivada de delito puede ser conocida por la jurisdicción civil o la penal, en el caso del artículo 146 LRJPAC (actuaciones penalmente relevantes). Como pone de relieve BUSTO LAGO («La responsabilidad...», p. 1435), cuando la responsabilidad se vincula a la comisión de un ilícito penal, el mencionado precepto remite la responsabilidad civil a la legislación correspondiente (artículos 109 a 122 Cp). Aunque esto genera ciertas disfunciones e incoherencias, lo cierto es que permite el enjuiciamiento de personal al servicio de las Administraciones públicas al margen de las disposiciones administrativas (ver MARTÍN REBOLLO, «Ayer y hoy...», pp. 304-306; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 1651-1657 y SALVADOR CODERCH, GÓMEZ LIGÜERRE, RUIZ GARCÍA, RUBÍ PUIG y PIÑEIRO SALGUERO, «Respondeat superior I», *www.indret.com*, 2/2002, p. 13).

- Ejercicio de la acción directa del artículo 76 LCS en aquellos casos en que la Administración haya suscrito un seguro de responsabilidad civil y de que el riesgo asegurado se concrete. Cuando la responsabilidad se reclame únicamente a la aseguradora, indirectamente se conocerá por la jurisdicción civil de la responsabilidad de la Administración. Ver al respecto, BUSTO LAGO («La responsabilidad...», pp. 1482-1487); MARTÍN REBOLLO («Ayer y hoy...», pp. 302-303); RIVERA FERNÁNDEZ (*op. cit.*, pp. 1661-1667) y SANTOS BRIZ (*Temas...*, p. 152). De todas formas, como la demanda exclusiva al asegurador por la vía directa del artículo 76 LCS puede conllevar ciertas disfunciones, recomienda BUSTO LAGO que se demande exclusivamente a la Administración (p. 1485).

⁵¹. ASÚA GONZÁLEZ (*op. cit.*, p. 965). Afirma también RIVERA FERNÁNDEZ (*op. cit.*, p. 1649) que ahora «ningún médico de la sanidad pública debe ser juzgado por su actuación profesional ante un Tribunal civil».

⁵². Esto último es puesto de relieve, entre otros muchos, por MARTÍN REBOLLO («Causalidad...», *EJB*, p. 972) o PLAZA PENADÉS (*op. cit.*, pp. 143-144). Deriva concretamente de la previsión del artículo 9.4 LOPJ, que parece haber invertido las tornas, estableciendo en este ámbito la *vis atractiva* de la jurisdicción contenciosa. Por otra parte, el régimen sustantivo aplicable a estos casos será el administrativo para la responsabilidad de

Lo que es más importante, se rechaza también el ejercicio de acciones de responsabilidad por la vía civil frente al profesional sanitario integrado en el régimen de la sanidad pública, cuyo daño es imputable a la Administración: el paciente sólo puede reclamar por el daño sufrido frente a la Administración⁵³.

4. Por todo ello, se debe concluir que todas las demandas por *wrongful birth* planteadas en el seno de los servicios públicos sanitarios deberán seguir la vía administrativa y no podrán ser conocidas por los tribunales civiles.

2.1.3. Segunda excepción: el contrato celebrado con persona distinta del responsable

1. El segundo grupo de excepciones se encuentra en los supuestos en que la relación contractual se establece por los progenitores con un sujeto distinto de aquél del que se pretende reclamar la reparación y que no actúa, además, en representación del mismo⁵⁴.

la Administración, y el civil para el particular, como indican MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA (*op. cit.*, pp. 1044-1045), aunque MÚRTULA LAFUENTE (*op. cit.*, p. 1726) mantiene sus dudas.

Con ello quizá se ponga fin a las objeciones planteadas por PANTALEÓN PRIETO (*Responsabilidad médica...*, pp. 24, 41, 47-50; «Responsabilidad patrimonial...», pp. 36 y 42) cuando criticaba la atribución competencial a la jurisdicción contencioso-administrativa de la responsabilidad de la Administración, por la inseguridad que creaba al particular, que se encontraba con la incertidumbre de tener que interponer dos procesos (uno frente a tal jurisdicción y el otro frente a la civil), para el supuesto de que la Administración resultara no ser responsable. Aunque el autor sugería que sería mejor concentrar la competencia en la jurisdicción civil (entre otras razones, como competente en general para conocer de la responsabilidad civil), la ley ha optado por la contenciosa, atribuyéndole el conocimiento de todos los procesos relacionados, para evitar el efecto pernicioso que destacaba el autor citado. De todas formas, señala RIVERA FERNÁNDEZ (*op. cit.*, pp. 1658-1660) que la opción por concentrar la competencia en la jurisdicción contenciosa no es satisfactoria porque el procedimiento administrativo no representa un marco procedimental en que todos los intervinientes se encuentran en un plano de igualdad, por lo que es un perjuicio injustificado para el administrado.

⁵³. En este sentido, ASÚA GONZÁLEZ (*op. cit.*, pp. 962-963) señala que se ha excluido la vía civil en todo caso. La referencia legal del artículo 9.4 LOPJ no sólo a la Administración, sino también al personal a su servicio, junto a la previsión del artículo 146 LRJPAC, que únicamente excluye de la aplicación del régimen general de responsabilidad administrativa la responsabilidad penal y la civil derivada de delito, son las razones que aduce esta autora para rechazar la reclamación de responsabilidad frente al agente productor del daño, al estar tal sujeto integrado en la organización administrativa. A esta tesis parecen adherirse ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 52); GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (*op. cit.*, p. 415-416); MARTÍN REBOLLO («Estado de la cuestión...», pp. 66, 93-96; «Ayer y hoy...», pp. 300-301: «no caben ya demandas civiles contra el funcionario solo» y «ya no es posible la opción del dañado de dirigirse civilmente contra el funcionario personalmente causante del daño») o YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, pp. 280-281).

Frente a ellos, DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Responsabilidad civil...*, p. 253) contempla la posibilidad de demandar también al profesional sanitario, aunque no se le pueda condenar; y BUSTO LAGO («La responsabilidad...», p. 1442) admite la competencia de la jurisdicción civil si la acción de responsabilidad se ejercita exclusivamente frente al profesional sanitario, aunque advierte que produce resultados paradójicos (p. 1443). Lo que sí es posible es que el agente productor del daño integrado en la estructura administrativa se persone en el proceso seguido contra la Administración en demanda de responsabilidad, a fin de defenderse cuando se parte de su conducta dolosa o culposa, ya que tal calificación llevará a la exigencia posterior por parte de la Administración de una acción de repetición (p. 1432).

⁵⁴. Como es lógico, en cambio, cuando en la contratación se actúa en representación del sujeto cuya responsabilidad se reclama (dentro de los límites de tal representación), o cuando se celebra también con él un se-

Se trata, pues, de ejercitar una pretensión de responsabilidad frente a un sujeto distinto del contratante. Sin perjuicio de que por tal actuación pueda surgir una responsabilidad contractual por parte del sujeto o la entidad con la cual se ha celebrado el contrato por el o los progenitores, la cuestión es que no existe vinculación contractual respecto del otro sujeto. Como ajeno al vínculo contractual establecido entre las partes, en virtud del artículo 1257 Cc, no se le pueden extender a un tercero los efectos del contrato celebrado⁵⁵.

Pero, a la vez, la existencia de un vínculo contractual establecido con otro sujeto no exonera de responsabilidad al sujeto ajeno al vínculo contractual que de acuerdo con las normas del Código civil deba responder por el hecho propio⁵⁶; responsabilidad que se deberá exigir por la vía extracontractual. Las situaciones posibles, en concreto, son dos:

2. En primer lugar, se encuentran todos los supuestos en que la vinculación contractual se establece respecto de una persona –física o jurídica– para la cual desarrolla su labor un profesional sanitario (ejercicio de la profesión por cuenta ajena).

- Esto es en la práctica muy frecuente, especialmente cuando se encuentra vinculado el profesional con una institución hospitalaria⁵⁷. En tal caso se produce el llamado «contrato total de hospital»⁵⁸, supuesto en el que la persona física o jurídica para la cual desarrollan su labor diversos profesionales se compromete a llevar a cabo tanto las prestaciones «extramédicas» o «paramédicas» –que según la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1991 han de ser asumidas en todo caso por la persona física o jurídica, allí donde sean necesarias–, como las prestaciones médicas, que serán desarrolladas por el per-

gundo contrato, no hay duda de que la responsabilidad que se le ha de exigir es contractual, siempre que el daño se produzca en ejecución de lo pactado. Cada contratante responderá por los daños acaecidos en desarrollo de la prestación a que se haya comprometido con el paciente.

⁵⁵. Así, recuerda YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, p. 91) que el principio de relatividad del contrato implica que respecto de los terceros la responsabilidad es extracontractual. Tal principio (*privity of contract*) también se encuentra presente en los ordenamientos del *Common law* (MARKESINIS y DEAKIN, *op. cit.*, p. 70).

⁵⁶. Así lo pone de manifiesto FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 47) al negar que la relación laboral que una al profesional sanitario con aquél de quien depende le exonere de responsabilidad frente al paciente al que lesione. Esta cuestión se verá posteriormente de forma más extensa al estudiar la responsabilidad por hecho ajeno.

⁵⁷. Tal vinculación puede ser civil, mercantil o laboral. La exclusión del contrato de trabajo como vía para regular la prestación médica no excluye esta posibilidad como vía para establecer la práctica profesional (ALONSO PÉREZ, M.^a T., *op. cit.*, pp. 146-147 o LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, p. 131).

⁵⁸. Denominación que recogen MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, p. 202); SANTOS BRIZ (*Temas...*, p. 180) y SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p. 321). En el sistema alemán, se los denomina *totale Krankenhausaufnahmevertrag* (así, tanto GRENZEL, como LAUFS, en LAUFS/UHLENBRUCK, respectivamente, pp. 900 y 930).

sonal a su servicio⁵⁹. La falta de vinculación contractual con los profesionales que desarrollan tal labor convierte la responsabilidad frente a los mismos en extracontractual.

El hecho de que el profesional sanitario actuante dependa o esté vinculado con el deudor de la prestación pactada priva de sentido la celebración por el paciente con él de un segundo contrato. El vínculo que le une al deudor contractual ya le obliga a desarrollar la prestación sanitaria que ha solicitado o que precisa el paciente⁶⁰.

Por otro lado, la existencia de esta dependencia respecto del deudor contractual no convierte su relación con el paciente en contractual, pese a lo que ha pretendido cierto sector doctrinal⁶¹, pues no ha existido acuerdo alguno entre ellos, sino que el acuerdo se produce por parte de ambos respecto de la institución sanitaria. Como señala ATAZ LÓPEZ, no hay que confundir la voluntad contractual con el cumplimiento voluntario por parte del profesional de una previa obligación asumida⁶². Así pues, la reclamación frente al profesional sanitario seguirá el régimen extracontractual.

- El mismo problema se plantea respecto de la relación que une a los clientes de una aseguradora médica y los profesionales que constituyen el cuadro de la misma puesto a disposición del paciente. Salvo que se acuerde con estos profesionales un segundo contrato, habrá que estimar que el único vínculo contractual es el que une al paciente con la asegura-

⁵⁹. Según FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, pp. 301-303), las prestaciones extramédicas y paramédicas, que integran el llamado «contrato de hospitalización», combinan prestaciones de hostelería y alojamiento con otras accesorias al tratamiento médico (supervisión, curas, medicamentos...). En este mismo sentido, especifica GONZÁLEZ MORÁN (*op. cit.*, p. 231) que se extienden a cuidados y atenciones hospitalarias, suministro de instalaciones, instrumental y cuidados de enfermería. Por el contrario, las prestaciones médicas son definidas como aquellas en que es necesaria la intervención de un médico (FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, p. 433).

⁶⁰. Así lo pone de relieve SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, pp. 322-323). Del mismo modo, YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, p. 60) niega rotundamente toda relación laboral y contractual entre el profesional y los beneficiados por sus servicios cuando actúa en relación de dependencia respecto de otro sujeto.

⁶¹. Los argumentos en este sentido son de tres tipos. En primer lugar, se pretende que la relación se convierte en contractual una vez comenzado su desarrollo (DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *El régimen...*, p. 283), lo cual es criticable, en tanto no se constate una voluntad de las partes en tal sentido.

En segundo lugar, se pretende que el facultativo asume una obligación de prestar sus servicios para las personas que sean atendidas por el centro sanitario. Existe, pues, una previa manifestación de voluntad contractual del profesional que, al concordar con la del paciente, constituye entre ambos el contrato (PLAZA PENADÉS, *op. cit.*, p. 30 nota 3 y p. 51 nota 38 y DEUTSCH, *Arztrecht...*, pp. 27-28). De todas formas, aunque a partir de esta teoría pudiera llegar a plantearse la existencia de una voluntad contractual por parte del profesional sanitario, seguiría siendo necesaria la voluntad del paciente de vincularse con tal profesional.

En tercer lugar, se habla de que entre el profesional y la entidad sanitaria se establece un contrato a favor de tercero, por el cual el paciente dispone de una reclamación contractual frente al promitente (SANTOS BRIZ, *Temas...*, p. 219; PENNEAU, *Médicale...*, p. 25). ALONSO PÉREZ, M.^a T. (*op. cit.*, pp. 180-191) lo califica, en cambio, de delegación.

dora (que actúa siempre a través de una relación contractual) y que los profesionales actuantes responden extracontractualmente.

- Finalmente, cuando se plantea un ejercicio de la medicina en grupo también se puede dar este tipo de casos (siempre que no se realice una contratación conjunta con todos los profesionales intervinientes), aunque hay que advertir de que en este marco son más fuertes las tendencias que tratan de establecer una responsabilidad contractual (pues en muchos de ellos no se encuentra razón para un trato tan diferente).

La falta de vinculación y la responsabilidad extracontractual suelen ser patentes respecto de los auxiliares y asistentes del profesional médico que haya contratado sus servicios con el paciente. Igualmente, respecto de los sustitutos, en la medida en que no se celebre un segundo contrato⁶². Finalmente, cuando la contratación se lleve a cabo en el seno de un equipo médico por parte de uno de los profesionales que no actúa en representación del resto⁶⁴, o en el seno de una sociedad profesional con personalidad jurídica propia e independiente de los socios cuando el contrato lo celebre exclusivamente la sociedad⁶⁵.

⁶² . *Op. cit.*, p. 226. Pero es que en estos casos falla también la voluntad del propio paciente, pues, como señala LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, p. 305), en general éste tampoco tiene intención de prestar su consentimiento para este segundo contrato.

⁶³ . Frente a ello, FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 276) considera que la responsabilidad es contractual, ya que se ha de entender que el primero de los médicos actúa como mandatario o gestor del paciente. Tal regla, no obstante, se deberá apreciar en cada caso, según las circunstancias concurrentes.

⁶⁴ . Según ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, p. 217), el criterio para distinguir si existe o no un contrato reside en la elección personal por el paciente de los miembros del equipo. Aunque en este caso no hay duda de la existencia de un contrato entre todos los designados (expreso o tácito), ello no excluye una posible vinculación contractual si el profesional médico contrata en representación del equipo. En estos supuestos el contrato existirá, sin perjuicio de que pudiera invocarse un error por parte del paciente cuando desconociera el carácter plural de la persona con quien realmente contrata.

A falta de representación y de elección por el paciente, la responsabilidad del resto de los miembros del equipo es extracontractual. No obstante, en estos casos, como señala SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, pp. 298-302), se ha tendido a buscar soluciones de aproximación a la relación contractual, similares a las que veíamos en general para el caso de los profesionales al servicio de una institución hospitalaria.

⁶⁵ . La personalidad independiente de la sociedad profesional, junto con la relatividad del contrato proclamada por el artículo 1257 Cc es lo que aconseja esta solución (salvo que en el caso concreto se haya atribuido a la sociedad la representación de sus socios, o que se produzca un doble vínculo contractual, como pretende ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 214).

No resultan satisfactorias, por el contrario, argumentaciones como la de CAMPINS VARGAS (*op. cit.*, p. 329) que proclaman un vínculo contractual sobre la base de que la relación entre paciente y el socio es algo más que una ausencia de relación jurídica. La afirmación de una relación contractual requiere algo más que esto: se trata de que a través de su consentimiento las partes acuerden regular sus relaciones futuras estableciendo un determinado reparto de los riesgos derivados de las mismas. Tal situación no puede equipararse a la relación entre un paciente y un socio, que nada acuerdan entre sí, sino que es con la sociedad, como persona jurídica independiente, con la que se contrata. Por otra parte, ésta es una razón más satisfactoria para justificar por qué no responde el socio por el incumplimiento contractual y que es la sociedad la que responde (p. 331).

Sin perjuicio de que en todos estos casos deba plantearse junto a la responsabilidad del agente, del sustituto o de los miembros del equipo no contratantes una responsabilidad extracontractual, ya veremos posteriormente cómo también se producirá la responsabilidad del contratante, como responsabilidad por hecho ajeno.

3. En segundo lugar, se encuentran los casos en que el contrato es celebrado con el profesional sanitario de forma directa y se lleva a cabo en el seno de una institución para la cual no desarrolla el profesional sanitario su labor. En tal caso, la responsabilidad que pudiera surgir para dicha institución por los daños producidos en sus instalaciones o, en general, por los que le sean imputables, habría de reclamarse extracontractualmente⁶⁶.

La responsabilidad contractual del centro, no obstante, se producirá cuando el paciente concluya un segundo contrato con éste, generalmente para el desarrollo de las prestaciones extramédicas o paramédicas⁶⁷. Tal es el caso del llamado «contrato desdoblado»⁶⁸. En estos casos, responderán ambas partes contractualmente, si bien cada una dentro del ámbito de lo pactado: el profesional, por los daños producidos en desarrollo de las prestaciones médicas, y la entidad sanitaria, por los daños producidos en desarrollo de las prestaciones extramédicas o paramédicas⁶⁹.

⁶⁶. Tal idea es sostenida, entre otros, por ASÚA GONZÁLEZ (*op. cit.*, pp. 968-969). Esta responsabilidad extracontractual podrá surgir de diversas fuentes: mal estado del instrumental o de los medicamentos allí almacenados a disposición del facultativo o daños ocasionados por personal sanitario a su servicio... Han de rechazarse, en concreto, las corrientes de contractualización de la responsabilidad de la entidad sanitaria en estos casos sobre las ideas de subcontrato, contrato a favor de tercero o contrato tácito (ver al respecto, SÁNCHEZ GÓMEZ, *Contrato...*, pp. 310-312).

⁶⁷. El contrato suscrito en este caso con la entidad sanitaria para el desarrollo de prestaciones extramédicas o paramédicas (lo que se denomina como «contrato de clínica» o «de hospital») es calificado por la jurisprudencia como un contrato atípico y complejo (STS de 11 de noviembre de 1991), pues es mezcla de un contrato de hospedaje y de un contrato de arrendamiento de servicios en el que destaca además especialmente una obligación de seguridad del paciente durante el tiempo de hospitalización (ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 209-210 o FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, p. 309).

⁶⁸. Así denominan, entre otros, MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, pp. 203-209); SANTOS BRIZ (*Temas...*, p. 180) y SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, pp. 312-316) a la situación que se produce cuando el paciente que contrata con un profesional sanitario el desarrollo de una determinada prestación médica pacta al mismo tiempo con una entidad hospitalaria el desarrollo de prestaciones extramédicas o paramédicas. En el derecho alemán recibe el nombre de *gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag* (GRENZEL, en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 901 y MEDICUS, *Besonderer...*, p. 165).

⁶⁹. Esta misma distinción se sostiene en los países de nuestro entorno. Comenzando por Francia, apoyan este reparto de la responsabilidad contractual entre el profesional y la clínica en el supuesto del contrato desdoblado, PENNEAU (*Médicale...*, p. 277) o LE TOURNEAU y CADIET (*op. cit.*, p. 766). Igualmente, entre los autores alemanes, DEUTSCH (*Arztrecht...*, p. 30); GRENZEL (en LAUFS/UHLENBRUCK, pp. 902-904) y HAUBERICH, (*op. cit.*, pp. 44-46).

Entre nuestros autores, así parece deducirse de GONZÁLEZ MORÁN (*op. cit.*, pp. 234-237); SANTOS BRIZ (*Temas...*, p. 180), o SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, pp. 318-319). No obstante, esta última autora destaca (al igual que DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *El régimen...*, p. 284) que la división no siempre es sencilla, pues

4. Este último caso se plantea de una forma similar en el supuesto de que el profesional con el cual contrata el paciente desarrolle su labor en unas instalaciones compartidas con otros profesionales, con los cuales no ejerce de forma conjunta la actividad, sino que se limita a compartir el espacio, el material o el personal⁷⁰.

En tales circunstancias, si bien generalmente se predica únicamente la responsabilidad del profesional contratante, en cambio, cuando el daño proviene de los elementos comunes, suele afirmar la doctrina la responsabilidad concurrente del resto de los profesionales que son titulares del espacio, material o personal —salvo que estos elementos compartidos hayan sido repartidos y puestos a cargo de uno o varios profesionales—, pues todos se sirven de ellos y comparten la responsabilidad por su correcto estado y funcionamiento⁷¹. Tal responsabilidad, en todo caso, deberá reclamarse frente a los profesionales no contratantes por la vía extracontractual.

2.1.4. Tercera excepción: el contrato celebrado por sólo uno de los progenitores

1. La legitimación activa para reclamar por un daño en el seno de la responsabilidad contractual se ha de predicar únicamente respecto del perjudicado que fuera parte del contrato, cuando el daño fuera producido por el comportamiento del profesional sanitario en el

no siempre se delimitan con precisión las competencias de cada uno, bien porque no es común, o bien porque no es posible fijar *a priori* todas las obligaciones.

Por ejemplo, un caso dudoso es el de la responsabilidad por los hechos de los auxiliares, que dependerá de si éstos actuaban a las órdenes del profesional sanitario contratante o si el daño se produjo en seguimiento de las instrucciones del centro. De hecho, tal es la solución a la que llega PENNEAU (*Médicale...*, p. 288) en el derecho francés o GIESEN (*International...*, p. 43), en el derecho alemán: la responsabilidad se imputa a quien tenía el control sobre el auxiliar. No obstante, destaca el autor alemán una tendencia en el derecho comparado (especialmente anglosajón) hacia la imputación de responsabilidad al hospital en todo caso, sobre el razonamiento de que tiene un deber de proporcionar personal adecuado que no queda exonerado por el hecho de permitir a un profesional independiente que utilice sus instalaciones y personal.

⁷⁰ . GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO califican estos casos de «consulta privada compartida» (*op. cit.*, p. 23), mientras que GONZÁLEZ MORÁN los denomina «equipo médico en sentido muy amplio» (*op. cit.*, p. 142). Entre los autores alemanes, este supuesto es denominado por UHLENBRUCK y SCHULD (en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 173) *Praxisgemeinschaft*.

Desde el punto de vista jurídico, CAMPINS VARGAS (*op. cit.*, pp. 36-40), partiendo de un concepto amplio de sociedad, las califica de sociedades de medios. Se trata, pues, de sociedades instrumentales generalmente internas (lo que no excluye la posibilidad de que se pacten como sociedades externas, a través de la figura de la Agrupación de interés económico o de las Cooperativas de servicios, pp. 40-45).

⁷¹ . Como ejemplo, CAMPINS VARGAS (*op. cit.*, p. 40) y GONZÁLEZ MORÁN (*op. cit.*, pp. 142-143). A esto añaden FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 278) y MARTÍNEZ-CALCERRADA (*La responsabilidad...*, p. 282) los supuestos de actuación conjunta (*v. gr.*, actuación en equipo), que seguirán las reglas propias de cada uno de ellos como se estudiará en su momento.

marco de la prestación acordada⁷². El sujeto que no forme parte de tal vínculo deberá ejercitar su reclamación por la vía extracontractual, ante el efecto relativo de los contratos proclamado en el artículo 1257 Cc⁷³. Por tanto, para que uno o ambos progenitores reclamen el daño sufrido por la vía de la responsabilidad contractual será necesario que sean partes del contrato celebrado con el profesional sanitario.

2. A este respecto, hay que comenzar señalando que lo usual es que los contratos de asistencia sanitaria sean celebrados exclusivamente entre el profesional sanitario y el paciente, que es sobre el que se lleva a cabo la prestación, por lo que generalmente sólo formará parte del contrato uno de los progenitores. Sólo éste podrá reclamar por el daño sufrido a través de la vía contractual; la reclamación del otro será extracontractual⁷⁴.

En el contexto de las acciones que aquí se estudian, lo más frecuente es que esta posición sea ocupada por la mujer, especialmente cuando se plantea el caso en fase prenatal, tanto en un caso de diagnóstico directo, como de indirecto⁷⁵. En fase preconceptiva, sin embargo, el falso diagnóstico directo o indirecto que deriva en estos casos en la concepción

⁷². La legitimación se define como «el reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace en favor de una persona de la posibilidad de realizar con eficacia un acto jurídico, derivando dicha posibilidad de la relación existente entre el sujeto que actúa y los bienes o intereses a que su acto afecta»; la legitimación activa, como una «idoneidad para realizar actos de ejercicio de un derecho. Se determina por la relación existente entre el autor del acto y la titularidad de la esfera a la que el derecho pertenece» (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema I...*, p. 419 y artículo 10 LECiv 1/2000). Así, en el caso del daño, según BROX y WALKER (*Allgemeines...*, p. 311) está legitimado aquél que reúne en su persona las condiciones para una reclamación de responsabilidad.

⁷³. Excepcionalmente, también están legitimados otros sujetos por ley (como admite el artículo 10 LECiv 1/2000). Tal es el caso del ejercicio de la acción subrogatoria, o de la transmisión *inter vivos* o *mortis causa* de la acción (supuestos que, como se dijo, se encuentran muy limitados en general en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, ante la naturaleza de los derechos en cuestión).

⁷⁴. Esta disparidad en el sistema de responsabilidad en el cual se ha de fundamentar la acción de cada progenitor no es un obstáculo a la reclamación, desde el momento en que la legitimación activa de cada uno es individual (no existe litisconsorcio activo necesario), por lo que se podrían incluso ejercitar las acciones de *wrongful birth* de ambos progenitores por separado. Es aconsejable, no obstante, un ejercicio conjunto, a fin de evitar duplicar la indemnización del daño, cuando tal daño reclamado sea del mismo tipo. Así, en el caso de la reclamación del daño patrimonial, en caso de ejercicio individual de la acción, se deberá satisfacer únicamente la parte de los gastos indemnizables que corresponda a uno de los progenitores. El total se indemnizará en caso de ejercicio conjunto o de uno en nombre del otro.

⁷⁵. Lo normal es que el contrato en esta fase se celebre por la mujer, si bien también cabe la posibilidad de que tal contrato haya sido suscrito en su favor por otro sujeto, a través de la figura del contrato a favor de tercero fundamentalmente (piénsese, por ejemplo, en un sujeto que contrata con una aseguradora sanitaria e incluye a su pareja como beneficiaria de las prestaciones pactadas), en cuyo caso, como veremos, la doctrina parece considerar que también la reclamación es contractual. Esta posibilidad de aplicación del contrato a favor de tercero es contemplada en Alemania tanto entre la doctrina (OSTHEIDE, *op. cit.*, p. 142), como entre la jurisprudencia (entre otras, sentencia del LG Freiburg de 18 de noviembre de 1976).

De todas formas, en estos casos habría que delimitar por qué daños puede reclamar cada uno de los progenitores respectivamente vinculados con el promitente (uno como estipulante y el otro como beneficiario), pues la naturaleza de dicha vinculación y el contenido de la obligación que contrae frente a cada uno el profesional sanitario es diferente respecto de uno y respecto del otro.

de un niño enfermo puede producirse fácilmente tanto en el desarrollo de una prestación sobre el hombre, como sobre la mujer. La transmisión de enfermedades o defectos a la descendencia futura puede provenir de cualquiera de los progenitores. Por tanto, cualquiera de ellos —o incluso ambos—, podía ocupar la posición de paciente respecto del contrato en el cual se produce el fallo de la información.

Lo mismo ha de señalarse respecto del diagnóstico preimplantatorio, donde, según cuál sea el tipo de técnica que se va a utilizar, uno o ambos progenitores se deberán someter a una serie de análisis, y donde el contrato será celebrado por uno o ambos futuros progenitores, según si acuden a estas técnicas en pareja o individualmente⁷⁶.

3. En esta situación, se ha contemplado —especialmente por la doctrina extranjera—, la posibilidad de considerar que el contrato celebrado por uno de los progenitores extiende su efecto protector en relación con el otro miembro de la pareja no contractualmente vinculado⁷⁷. Aunque ciertamente la cuestión no queda fuera de toda duda, tal efecto en nuestro caso, sin embargo, no convierte en contractual la prestación del profesional frente al miembro de la pareja no contratante, pues no es parte del mismo, ni ha establecido con el profesional sanitario un determinado reparto de los intereses en juego. Por ello, salvo que se haya previsto la inclusión del otro progenitor en el ámbito contractual posteriormente a la

⁷⁶ . En aquellos casos en que acuda una mujer sola a este tipo de técnicas (artículo 6 Ley 35/1988) sólo ella podrá reclamar por no haber sido informada del defecto del preembrión o del material genético empleado, pues sólo ella habrá sido privada de la opción de concebir o no a partir de tales condiciones. El donante queda desligado de la criatura concebida a partir de su material genético (artículo 8.3 de la ley 35/1988), por lo que no puede reclamar daños por estos motivos. La posibilidad de que reclame por *wrongful birth* en estos casos el donante que no haya sido informado de la existencia de enfermedades o defectos en su material genético cuando posteriormente conciba un niño enfermo o discapacitado será contemplada posteriormente.

⁷⁷ . Por un lado, en Italia se plantea la extensión al padre del contrato para interrupción del embarazo, pues él se verá también afectado por la carga del niño (*Tribunale di Venezia* de 23 de julio de 1990). Por otro lado, afirma en el ámbito anglosajón FURROW (*et al.*): «any action the father could bring would be available to the mother as well» (*op. cit.*, p. 914). Finalmente, en Alemania, la extensión de la protección se afirma a través de dos vías diferentes. En primer lugar, ENGELHARDT (*op. cit.*, p. 544), DEUTSCH (*Arztrecht...*, p. 33) o el BGH (Sentencia de 18 de enero de 1983) afirman la extensión para las parejas casadas sobre la base del § 1357 BGB, que se refiere a negocios sobre las necesidades familiares generales. Como recoge HAUBERICH, una prestación sanitaria al servicio de una planificación familiar económica protege contractualmente a cada cónyuge frente a un cumplimiento defectuoso, en tanto que se ve involucrado un deber de mantenimiento (*op. cit.*, p. 94). Pero tanto este autor (*op. cit.*, pp. 142-143), como HARRER (*op. cit.*, pp. 264, 266-267) niegan la aplicación del § 1357 BGB.

Esto lleva a la segunda vía por la que se aplica la extensión, que es —como afirman ambos autores— la de la conclusión de un contrato con efecto protector para tercero en materia de planificación familiar. Tal efecto protector suele extenderse también a los progenitores no casados, en tanto que la intervención en cuestión se establezca también en interés de éstos (en este sentido también LANKERS, *op. cit.*, p. 384).

celebración del contrato, o al celebrarlo se ejercite una representación voluntaria respecto de él o se le incluya expresamente, éste habrá de reclamar extracontractualmente⁷⁸.

De esta forma, lo que supone el pretendido efecto protector derivado del contrato celebrado es que el profesional sanitario adquiere también deberes frente al otro progenitor implicado (fundamentalmente de información), quedando obligado también a ejercitar su profesión frente a él de acuerdo con los parámetros de la *lex artis*. Si tales deberes se incumplen de forma activa u omisiva y se identifica un daño, podrá serle éste imputado al profesional sanitario extracontractualmente respecto del progenitor no paciente⁷⁹.

4. La vinculación contractual de ambos progenitores, no obstante, es también posible. De hecho, como se ha apuntado, es frecuente en relación al diagnóstico preconcepcivo directo, donde el contrato suele ser celebrado por ambos progenitores cuando se plantean la concepción de su descendencia y desean asegurarse un feliz desenlace.

Fuera de estos casos, como se ha mencionado, es así mismo posible que en el contrato que tenga por objeto una prestación sanitaria a desarrollar sobre uno de los progenitores se pacte también la extensión de los deberes contractuales frente al otro, que entre así a formar parte de la posición acreedora.

⁷⁸. En el caso de parejas casadas, el empleo del artículo 1319 Cc, de forma análoga al ya mencionado § 1357 BGB, plantea la dificultad de definir el contrato de servicios médicos aquí planteado como un acto encaminado a atender las necesidades ordinarias de la familia. Pero incluso aunque tal dificultad se superase, sería dudoso si con ello se produciría una introducción en el ámbito contractual del cónyuge como acreedor de la prestación del otro progenitor (y si también entraría en tal posición la sociedad de gananciales).

⁷⁹. Hay que subrayar, no obstante, que la cuestión no se plantea de forma indubitada. El reconocimiento de deberes de protección derivados de una prestación contractual se ha reconocido entre varios de nuestros autores como deberes contractuales que surgen entre las partes de un contrato, a través del artículo 1258 Cc (cuestión que tampoco queda fuera de dudas, puesto que hay quienes los consideran extracontractuales, en tanto que se limitan a traducir en las relaciones entre cocontratantes la norma general de prudencia que existe entre particulares; ver esta polémica en CABANILLAS SÁNCHEZ, *Los deberes...*, pp. 115-142). Nacen del deber general de observar la conducta leal y recta, según la buena fe, pues entre las partes se establece con ocasión del contrato una relación de confianza (CAVANILLAS SÁNCHEZ, *Los deberes...*, pp. 248, 263, 266).

Lo que no suele estudiarse es el equivalente a la figura alemana del efecto protector frente a un tercero (*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*). En este caso, en la medida en que se entienda que el interés de proteger al tercero pueda corresponder también al interés del acreedor, tal deber de protección se podría considerar como contractual. Ahora bien, ello generaría una obligación contractual frente al acreedor, pero más difícilmente frente al tercero, cuya reclamación sería extracontractual. Únicamente en la medida en que se entienda que la obligación de protección crea una relación entre el profesional y el tercero más similar al mecanismo de la responsabilidad contractual que al de la extracontractual, podría tratar de llevarse la reclamación de responsabilidad por tal vía. Pero, en todo caso, no habría que olvidar que el profesional desplegaría frente a él su protección no tanto en consideración a este tercero, como en consideración a la valoración que de estos intereses realiza el acreedor. Por ello, como se ha indicado, es dudosa la cuestión.

2.2. Las formas contractuales

1. El análisis de las formas contractuales generales bajo las que se presenta la relación entre médico y paciente se lleva aquí a cabo por la importancia que tiene de cara al estudio de las obligaciones asumidas y, correlativamente, por la trascendencia subsiguiente de cara a la identificación de los daños contractuales⁸⁰.

2. No obstante, hay que resaltar que, si bien pueden proporcionarse aquí unas directrices generales respecto de esta contratación, en la práctica se pueden presentar innumerables peculiaridades —conforme a la voluntad de las partes y la libertad que se ofrece en nuestro Ordenamiento—, que alteren lo que aquí se establezca en general.

2.2.1. El contrato de arrendamiento de servicios como forma contractual general

1. Tras el rechazo de otras formas contractuales⁸¹, la posición doctrinal y jurisprudencial mayoritaria considera actualmente que la relación contractual establecida entre los profesionales sanitarios y los pacientes responde usualmente al esquema del contrato de arrendamiento de servicios definido por el artículo 1544 Cc⁸².

⁸⁰. Tal importancia es señalada por MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, p. 189).

⁸¹. Sucesivamente, se han ido rechazando diversas formas contractuales aplicadas a los profesionales:

- Históricamente se regularon estas relaciones a través del contrato de mandato, de acuerdo con la tradición romana que lo identificaba con las labores intelectuales, frente a las labores manuales que se recogían en la *locatio conductio* (ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 129-130 o GITRAMA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 346-347). Su rechazo es generalizado en la actualidad, por diversas razones: ya no existe la división entre actividades manuales y espirituales que aconsejaba el encuadre de la profesión médica en estos últimos (LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, p. 119 o YZQUIERDO TOLSADA, *Profesional liberal...*, p. 23); el profesional sanitario no realiza su actividad en sustitución del paciente (GITRAMA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 350; MARTÍNEZ-CALCERRADA, *La responsabilidad...*, p. 296, o YZQUIERDO TOLSADA, *Profesional liberal...*, p. 29); no es propio del contrato médico el sometimiento a instrucciones del cliente o la gratuidad (LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, p. 120) y no se asimila el objeto propio de ambos, pues en el mandato es la realización de actos o negocios jurídicos (ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 134). No obstante, la opinión no es unánime, pues ALONSO PÉREZ, M.^a T. (*op. cit.*, pp. 162-168) afirma que el contrato de mandato encaja perfectamente en las relaciones entre médico y paciente.

- Se niega también su carácter como arrendamiento de empresa o de obra (pese a que, como destaca ATAZ LÓPEZ, se caracteriza éste por una mayor independencia del prestador y por la fijación de la remuneración en función del trabajo ejecutado, *op. cit.*, p. 135), del cual le distingue principalmente el fin perseguido, pues la esencia del contrato médico no es producir un resultado (FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, pp. 36-39; GITRAMA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 354-355 e YZQUIERDO TOLSADA, *Profesional liberal...*, pp. 37-46).

- Igualmente, se rechaza el encuadre dentro del contrato de trabajo, respecto del cual le diferencian las características de dependencia y subordinación propias de la relación laboral (FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, pp. 39-41; GITRAMA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 359-361; MARTÍN BERNAL, *Responsabilidad...*, pp. 209-210; e YZQUIERDO TOLSADA, *Profesional liberal...*, pp. 53-56).

⁸². Tal teoría se comienza a aceptar desde la STS de 27 de diciembre de 1915, que abandona la tesis del mandato (a la que siguieron, según ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 141-142, las de 25 de febrero de 1920, 22 de enero de 1930 y 16 de febrero de 1935). No obstante, persisten algunas resistencias, basadas principalmente en la

Ante la parquedad de la regulación del Código civil, han sido la doctrina y la jurisprudencia quienes se han encargado de dotar de contenido a este contrato, ampliando su aplicación a los servicios de los profesionales liberales y adaptando su contenido⁸³.

2. A través de este contrato, el profesional sanitario se compromete, en cualquiera de las fases del tratamiento del paciente (diagnóstico, terapéutica y recuperatoria), a desarrollar una actividad en la que debe poner en juego su pericia como profesional: debe proporcionar al enfermo todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia en el caso concreto reflejado en el parámetro de la *lex artis ad hoc*. Pero no se compromete a alcanzar el resultado del restablecimiento o la curación del paciente, ya que se considera que tal resultado queda fuera de su competencia, en tanto que no sólo depende del arte médico sino también de un margen de aleatoriedad derivado de la propia biología del ser humano y de las limitaciones de la ciencia médica⁸⁴.

relación de dependencia que viene aparejada a este tipo de contratos, que constituye un obstáculo para algunos, como ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, pp. 144-145); pero no para otros (LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, p. 127 o SÁNCHEZ GÓMEZ, *Contrato...*, p. 33). Por ello, ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, p. 146) parece decantarse por calificaciones como las de contrato mixto o complejo, frente a las críticas de los segundos, que consideran innecesario acudir a nuevas categorías, pues se trata de meras peculiaridades (FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, pp. 35-36; GITRAMA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 373 y LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, p. 135).

Esta misma idea se mantiene en el derecho comparado, como señalan CABANILLAS SÁNCHEZ (*Las obligaciones...*, p. 56) o FISCHER y LILIE (*op. cit.*, p. 6). Así, entre la doctrina alemana, donde también existe una distinción entre el contrato de arrendamiento de servicios (*Dienstvertrag*: § 611 BGB) y el de obra (*Werkvertrag*: § 631 BGB), la ubicación del contrato médico dentro del primero es aceptado mayoritariamente (entre otros, DEUTSCH, *Arztrecht...*, p. 34; MEDICUS, *Besonderer...*, pp. 163-167 y UHLENBRUCK y LAUFS, en LAUFS/UHLENBRUCK, pp. 349-350, 390).

⁸³. Es interesante destacar en este sentido la apreciación que hacen tanto LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, p. 129), como YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, p. 31) sobre la escasa relación que guarda en realidad la regulación del arrendamiento de servicios con la situación de los profesionales liberales. Por tanto, citando a Ferrandis, sostienen los autores que aunque con esta calificación se resuelva el problema de la naturaleza jurídica del contrato, ninguna de las normas contenidas en el Código civil le son aplicables.

⁸⁴. Como afirma la STS de 25 de abril de 1994, «tanto la naturaleza mortal del hombre, como los niveles a que llega la ciencia médica —insuficientes para la curación de determinadas enfermedades—, y, finalmente, la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual, [...] hace que algunos de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros». Pero es una idea repetida entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 11 de febrero y 27 de junio de 1997).

Entre la doctrina, esta justificación es prácticamente unánime. A modo de ejemplo, señala entre la doctrina alemana HAUBERICHS (*op. cit.*, p. 42), que el médico no puede garantizar el resultado de la curación, pues ésta no depende de la actividad del médico, sino de muchos factores que en la actualidad no son controlados totalmente por la Medicina; pronunciamiento en cuya línea se ha de situar también a OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 69) o UHLENBRUCK y LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, pp. 361-366). Entre la doctrina francesa, así lo consideran los tratadistas en responsabilidad médica (entre ellos, PENNEAU, *Médicale...*, p. 33; *Médecin...*, p. 9 y LE TOURNEAU y CADIET, *op. cit.*, pp. 440, 625 y 754) y, entre nuestros autores, destacan DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Sentencia...», pp. 28-29); BADENAS CARPIO (*op. cit.*, p. 257), GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, pp. 21, 45) o SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, pp. 114).

Por tanto, se ha de partir en general de que el profesional sanitario asume solamente una obligación de medios conforme a la cual, aunque no garantiza el resultado perseguido, sí debe tender hacia la recuperación del paciente⁸⁵. El sometimiento a una obligación de resultado requerirá, en principio, un pacto expreso⁸⁶. Con ello se determina el objeto de la obligación y aquello que asume el profesional, en cuyo ámbito ha de responder por el daño.

3. Por lo que respecta a la responsabilidad contractual en el seno de este tipo de contratos, lo importante es la identificación de lo acordado a través del contrato celebrado. En general, se puede afirmar que el contenido de la prestación pactada se centra en la realización de un acto médico⁸⁷. La extensión de éste en el caso concreto habrá de depender de lo acordado entre las partes (acudiendo, en caso de duda, a los artículos 1281 a 1289 Cc), y de las circunstancias o necesidades del paciente, que se deberán interpretar de acuerdo con los usos y la buena fe, como proclama el artículo 1258 Cc⁸⁸. Con estos instrumentos, se deberá determinar cuál es la prestación pactada⁸⁹.

A partir de esta interpretación integral de la prestación pactada, se podrá determinar si el daño producido ha de considerarse contractual o extracontractual, según afecte o no a

⁸⁵. La distinción entre obligaciones de medios (o de actividad) y de resultado es atribuida generalmente a Demogue, aunque también se encuentran sus raíces en el derecho alemán (YZQUIERDO TOLSADA, *Profesional liberal...*, pp. 255). Una vez formulada, y pese a las críticas recibidas (ver al respecto, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *El régimen...*, pp. 80-98, así como la contestación en CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones...*, pp. 33-38 e YZQUIERDO TOLSADA, *Profesional liberal...*, pp. 259-267), la adscripción de la obligación asumida por un profesional sanitario como obligación de medios ha sido unánime.

⁸⁶. Dice CABANILLAS SÁNCHEZ (*Las obligaciones...*, pp. 38-39) que, a falta de una presunción a favor de unas u otras obligaciones, es la voluntad de las partes la que determina normalmente si se asume una obligación de medios o de resultado. Si tal pacto no existe, se acude a diversos criterios, uno de los cuales viene constituido por el carácter aleatorio del resultado (la presencia o ausencia del azar). En concreto, sostiene el autor: «cuando la consecución del resultado es aleatoria, la obligación asumida es de actividad, porque el deudor, normalmente, no se compromete a obtener un resultado que sabe que es incierto» (pp. 41-42).

⁸⁷. Según lo define ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, p. 46), el acto médico es «aquel acto ejecutado por el médico, que tiende directa o indirectamente a la promoción de las condiciones de la salud humana, y que normalmente recae sobre el cuerpo humano». Se extiende, pues, a los actos objetivamente médicos (diagnóstico, propuesta terapéutica, prescripción de tratamiento, intervenciones quirúrgicas), pp. 43-48.

⁸⁸. Así lo destaca OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 69) al establecer que, al asumir el profesional sanitario el tratamiento del paciente, tal obligación no sólo implica la reparación de un determinado estado, sino un conglomerado de prestaciones de distinto tipo. Así, el objeto del contrato médico es, más bien, una serie de servicios que el médico asume, a la vista de la confianza que el paciente coloca en él.

⁸⁹. Según YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, p. 139), el punto de partida es el artículo 1281 Cc: «el eje, pues, de la tarea interpretativa es la común intención de los contratantes». Junto a ello, como límite a la extensión de lo pactado, habrá de tenerse en cuenta la propia cualificación del profesional sanitario con el que se celebra el contrato. La división del trabajo lleva aparejada una división de competencias, conforme a la diversa cualificación de los profesionales sanitarios. Por este motivo, el hecho de que el deudor de la prestación de servicios sanitarios desarrolle una determinada profesión, dentro de las profesiones sanitarias, puede determinar de manera inmediata el contenido de su prestación, por el hecho de que tenga competencias únicamente en un determinado campo.

los intereses regulados por las partes a la hora de establecer el contrato. Igualmente, a partir de ahí, se determinará el conjunto de actuaciones del profesional sanitario sobre el cual se habrán de desplegar los deberes derivados de la *lex artis*⁹⁰.

4. En concreto, aunque en el seno de las acciones de *wrongful birth* la tipología de los casos es muy amplia, se puede afirmar en general que el contenido típico de las prestaciones sanitarias que dan lugar a las mismas se centra o bien en un acto médico de diagnóstico (desarrollado de forma independiente, o en el curso de una prestación más amplia de seguimiento del embarazo o de procreación artificial)⁹¹, o bien en las prestaciones sanitarias intermedias que tienen por objeto la emisión de un diagnóstico –como es el caso de las pruebas médicas–, en la medida en que puedan pactarse de forma independiente⁹².

Dado que el presupuesto de estas acciones se encuentra en que no se detecta un determinado mal que afecta o puede afectar a la descendencia, y que este mal es detectable a través de un examen del estado de ésta o del estado de sus progenitores, no es común que surjan con ocasión de otro tipo de prestaciones. Por tanto, aunque en otro tipo de prestaciones sanitarias se puede producir también el supuesto de hecho de estas acciones⁹³, este tipo de errores surge con mayor probabilidad en las prestaciones de diagnóstico, sobre todo en el contexto de un diagnóstico directo.

⁹⁰ . No hay que confundir estos deberes de actuación, como parámetro al cual se ha de adecuar la conducta del profesional sanitario, con las concretas prestaciones que ha de desarrollar en cumplimiento de su obligación, pues aunque estrechamente relacionados (en la medida en que muchas de las prestaciones secundarias derivadas de la integración contractual a través del artículo 1258 Cc son un reflejo de un deber de comportamiento), no son lo mismo. Así lo expresa con claridad CARRASCO PERERA («Artículo 1101...», pp. 422-423) cuando pone de relieve cómo han de distinguirse las prestaciones accesorias de lo que son conductas exigidas por el modelo de diligencia (pues no se puede transformar el contenido de la diligencia debida en obligación, so pena de que lo que es criterio de imputación pase a ser incumplimiento material). No obstante, admite el autor que la línea de separación no está clara.

⁹¹ . El diagnóstico en general se define como el conjunto de actos médicos que tienen por finalidad la constatación de la naturaleza y trascendencia de la enfermedad que sufre el enfermo (FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, p. 190 o GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO, *op. cit.*, p. 57).

⁹² . Aunque tanto FERNÁNDEZ COSTALES (*La responsabilidad...*, p. 60), como SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p. 136) afirman de estas prestaciones que carecen de entidad propia y que se establecen como medio para lograr el fin del diagnóstico, es usual –especialmente en la sanidad privada– que la realización de pruebas se pacte con un profesional distinto de aquél que emite el diagnóstico. Aunque la celebración de este contrato derive de otra prestación sanitaria, esto no ha de influir sobre la prestación en sí, que queda sometida a sus propios criterios de cara al cumplimiento e incumplimiento, así como de cara a la responsabilidad. A este respecto, indican GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, pp. 161-162, 217) que el carácter contractual o extracontractual dependerá de que el usuario haya elegido o no libremente al analista y de que éste acepte.

⁹³ . Por ejemplo, en la medida en que se diferencie el diagnóstico de la medicina preventiva, podrán englobarse también algunos de los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life* en el seno de la misma –como prestación distinta de la de diagnóstico– siempre y cuando se entienda tal medicina como una relación individual

5. En estas prestaciones de diagnóstico, el profesional no queda obligado a «acertar» en su dictamen, sino a desplegar toda su pericia para aproximarse a la situación real del paciente, de la cual ha de informarle⁹⁴. De esta forma, el deber de información abandona el lugar que normalmente ocupa, como deber derivado de la *lex artis*, y se constituye como contenido principal de la prestación médica⁹⁵. Desde el punto de vista de la responsabilidad, la caracterización de la información como obligación principal no es especialmente relevante, ya que para la apreciación de la responsabilidad será necesario en todo caso un daño aparejado a la privación de información; pero sí tendrá importancia de cara a calificar como contractuales los daños que surjan del incumplimiento de este deber de información.

Por otra parte, de cara a la calificación de los daños como contractuales y —como se verá en su momento— de la imputación de la responsabilidad al profesional sanitario de los daños que derivan de su actuación, será especialmente trascendente determinar si en la prestación acordada entre las partes se tuvo en cuenta a la hora de contratar los intereses relacionados con la descendencia futura, pues de ello se hará depender en su momento la extensión del daño indemnizable. Tal previsión, que se habrá de constatar en cada caso, es usual en el ámbito del diagnóstico prenatal, preconceptivo y preimplantatorio directo, si bien será necesario comprobar hasta dónde se extendió concretamente por los contratantes. Las mayores dudas, sin embargo, se centran en los diagnósticos indirectos, en que los prestación sanitaria no se desarrolla en consideración a la descendencia futura, por lo que es difícil que el interés en descendencia futura o en su protección se integre en el contrato.

2.2.2. El contrato de obra como excepción

con el paciente, no como una campaña general de prevención. En este sentido, ha de señalarse que EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, p. 10) encuadra el consejo genético en la medicina preventiva y no en el diagnóstico.

⁹⁴. Interesante en este punto es destacar que DEUTSCH (*Arztrecht...*, p. 35) contempla la posibilidad de calificar al contrato de diagnóstico puro (lo que restringe a los supuestos de segundas opiniones) como contratos de obra, en la medida en que su contenido se limita a la comunicación al paciente de los conocimientos existentes sobre la enfermedad en cuestión, de acuerdo con el estado de la ciencia. Tal calificación, en la medida en que no consista en la emisión de un diagnóstico, sino en la explicación del ya emitido, puede ser correcta.

⁹⁵. La posición de la obligación de información no es muy clara entre la doctrina. Si bien CECCHINI ROSELL (*op. cit.*, p. 185) califica de «accesorio» este deber, SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p. 47) destaca cómo tal obligación se constituye con carácter autónomo respecto de la principal, como obligación de protección o corrección. Pero además puede pasar a constituirse en obligación principal, en los contratos de diagnóstico. De hecho, DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Responsabilidad...», pp. 183 y 185) incluye los contratos de diagnóstico médico dentro de los contratos en los cuales la información es el objeto del contrato; e igualmente GALÁN CORTÉS (*Consentimiento...*, p. 325) pone de relieve cómo el diagnóstico puede constituir el objeto único o principal de un contrato entre médico y paciente.

1. Pese a que el contrato de arrendamiento de servicios se constituye como la figura contractual que generalmente engloba las relaciones entre médico y paciente, esto no significa que estas relaciones no puedan someterse a otros tipos contractuales. Dejando al margen la posibilidad de que las partes decidan someter sus relaciones de otra manera más adecuada a sus intereses, lo usual es que estas relaciones se rijan de acuerdo con el contrato de arrendamiento de obra, caracterizado por la asunción de una obligación de resultado⁹⁶. Los supuestos en que tal contrato se plantea, concretamente, son dos.

2. En primer lugar, se encuentran los casos en los que el profesional sanitario acuerda voluntariamente someter su actuación a una obligación de resultado y, por tanto, asumir el riesgo derivado de que tal resultado no se alcance; pacto que resulta lícito conforme al artículo 1255 Cc⁹⁷. Hay que advertir, no obstante, que se tratará de casos marginales, en

⁹⁶ . La asunción de una obligación de medios o de resultado ha sido la nota característica a partir de la cual se ha distinguido generalmente entre arrendamiento de servicios y contrato de obra. En este sentido, según CABANILLAS SÁNCHEZ, la tesis dominante es que la prestación de obra es una obligación de resultado (*Las obligaciones...*, pp. 49-50). Así, Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema II...*, p. 380) o LACRUZ BERDEJO (*Elementos II-2...*, p. 181). Este último autor cita en apoyo de esta teoría las SSTs de 3 de noviembre de 1983, 18 de abril de 1991, 25 de noviembre de 1992, 19 de octubre de 1995 y 13 de marzo de 1997 y rechaza otros criterios de distinción (como el de dependencia). Pese a ello, plantea BADOSA COLL la posibilidad de considerar la obligación en estos casos como una obligación de actividad y no de resultado. Éste se presenta como el efecto de la actividad y la cualifica materialmente, pero no jurídicamente. Por ello, se podría decir que no forma parte de la prestación debida y que su consecuencia no lleva necesariamente a un incumplimiento (para los argumentos en torno a esta discusión, ver *Diligencia*, pp. 191-214).

De todas formas, hay que señalar —al igual que se hacía anteriormente con respecto al arrendamiento de servicios— que la determinación de la naturaleza contractual en estos casos como contrato de obra no avanza mucho en relación al régimen al que se han de someter los profesionales sanitarios, pues tampoco se trata de un contrato que se adecue a sus peculiaridades, ya que está pensado principalmente para la construcción de edificios (Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema II...*, p. 380 o LACRUZ BERDEJO, *Elementos II-2...*, p. 183).

⁹⁷ . La mayoría de la doctrina admite este pacto como derivado de la autonomía de la voluntad (aunque GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO, *op. cit.*, p. 48, aconsejan a los profesionales sanitarios no aceptar una obligación de resultado salvo que éste fuera plenamente seguro). Así, entre otros, ASÚA GONZÁLEZ (*op. cit.*, pp. 988-989); CABANILLAS SÁNCHEZ (*Las obligaciones...*, p. 43), FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, pp. 43, 44 y 50) o SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p. 133). La dificultad, no obstante, se encontrará en la prueba de este pacto, sobre todo en la medida en que la celebración del contrato siga la tónica general y se celebre verbalmente. Como señala LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, p. 85), a falta de pacto por escrito, la presunción es la existencia de una obligación de medios.

También en el derecho comparado se acepta el pacto expreso de asunción por el profesional sanitario del resultado. En este sentido, en Francia tanto PENNEAU (*Médicale...*, p. 36), como LE TOURNEAU y CADIET (*op. cit.*, pp. 623 y 625); y en Inglaterra, KENNEDY y GRUBB (*Principles...*, p. 289-290; *Medical...*, p. 276), así como ROGERS (*op. cit.*, p. 176).

Frente a esto, ALONSO PÉREZ, M.^a T. (*op. cit.*, p. 387) rechaza la licitud de este tipo de pactos, porque considera que colocan al cuerpo humano como elemento objetivo, al relacionarse con la curación. En estos casos, por tanto, se deberá reducir el objeto del contrato a un arrendamiento de servicios (p. 388). Tal afirmación, no obstante, es dudosa (si se tiene en cuenta lo que ya se indicó respecto a que el cuerpo humano no era el objeto de la prestación, sino el lugar en que se pone en práctica la prestación); y, en todo caso, no parecen afectar a la licitud de los contratos de obra que aquí nos interesan: la realización de pruebas.

tanto que depende de la voluntad del profesional sanitario que decida ampliar su ámbito de responsabilidad al daño derivado de la falta de consecución del resultado perseguido.

3. En segundo lugar, de la mano de la jurisprudencia principalmente –pero seguida de cerca por la doctrina–, se han ido elaborando excepciones a la regla general del arrendamiento de servicios en relación a determinadas prestaciones. Se trata en concreto de la llamada «medicina voluntaria» (que se opone a la «medicina curativa»), en la que se encontrarían todas aquellas prestaciones sanitarias no directamente relacionadas con la recuperación de la salud y que, por tanto, desde un punto de vista médico son prescindibles⁹⁸.

Dado que en estos casos el único motivo que justifica la intervención médica es la voluntad del paciente que decide someterse al tratamiento o proceso del que se trate, se considera que se ha de aproximar la obligación asumida por el profesional a una obligación de resultado. El argumento es, concretamente, que el paciente sólo acude a esta intervención ante una cierta seguridad en la obtención del resultado que se persigue⁹⁹.

4. Esta excepción, no obstante, ha de ser matizada: únicamente existe una tendencia de acercamiento al contrato de obra y a las obligaciones de resultado, no su afirmación. Dejando al margen ciertos casos puntuales¹⁰⁰, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria se

⁹⁸ . Como indica MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, p. 219), son supuestos en los que la intervención del médico no se justifica en la curación de una dolencia patológica del paciente. Esta tendencia se inicia con la STS de 25 de abril de 1994, en que se define la medicina voluntaria como «[aquella en la que] el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o, como en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica (la actividad sexual), en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros medios anticonceptivos». Posteriormente, esta distinción es seguida por diversas SSTS, como las de 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998 y 13 de abril de 1999.

Actualmente, como ejemplos de esta tendencia se encuentran las prestaciones sanitarias de cirugía estética, extracción de órganos de cedente vivo, experimentación e investigación sobre el cuerpo humano, fertilización y fecundación mediante técnicas asistidas, esterilización y cambio de sexo.

⁹⁹ . Así, la citada STS de 25 de abril de 1994, establece: «[la medicina voluntaria] propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada».

¹⁰⁰ . Entre la jurisprudencia, la existencia de un contrato de obra o de una obligación de resultado se afirma *obiter dicta* por las SSTS de 7 de febrero de 1990, 13 de diciembre de 1997 y 19 de febrero de 1998. Por el contrario, con valor de fundamentación jurídica, se proclama en las SSTS de 2 de diciembre de 1997 (intervención quirúrgica de alargamiento tibial para aumentar la estatura), 28 de junio de 1999 (prótesis dentales defectuosas) y 11 de diciembre de 2001 (cirugía maxilofacial). Igualmente, entre la jurisprudencia menor, esta línea ha sido sostenida por las SSAP Valladolid de 12 de febrero de 1994 y Barcelona de 20 de septiembre de 1999. Especialmente expresivas, en concreto, son las palabras de esta última: «en las operaciones carentes de una finalidad propiamente curativa [...], los facultativos que las practiquen vienen obligados a alcanzar el resultado previsto, toda vez que el paciente –que no el enfermo– que se somete a ellas, lo hace de modo libre y voluntario y sin estar acuciado por la amenaza o la realidad de una enfermedad inminente o actual (STS 25-4-94). Por tanto, se trata de una obligación de resultado, en la que a consecuencia de la intervención pactada

limitan a afirmar que estas prestaciones se *aproximan aunque de manera notoria* a las de resultado¹⁰¹. La justificación que se suele alegar para negar la total equiparación de la obligación asumida por el profesional sanitario a obligaciones de resultado es la misma ya aludida para apoyar la regla general ya analizada: la ciencia médica no es una ciencia exacta, sino que existe en ella un componente consustancial de suerte o azar, ya que los procesos biológicos del cuerpo humano son impredecibles en mayor o menor medida y actúan más allá del arte o conocimiento médico¹⁰².

A partir de ahí, la aproximación suele restringirse a la afirmación de una elevación del parámetro de diligencia al que queda sometido el profesional sanitario en relación con el deber de información necesario para la prestación del consentimiento del paciente al sometimiento a la intervención. Esto repercute generalmente en relación al contenido de tal deber, que se amplía e intensifica. Se requiere, pues, una información mayor y más precisa¹⁰³. Incluso hay quien, como LLAMAS POMBO, llega a sostener que el deber de informa-

ha de conseguirse un concreto desenlace» (resulta curiosa la remisión a la STS de 25 de abril de 1994, que sólo contiene una aproximación a estas obligaciones de resultado).

Por lo que respecta a la doctrina, apunta en esta dirección ALONSO PÉREZ, M. cuando habla de «la falacia de las obligaciones de medios» («La relación...», p. 31) y con mucha mayor claridad, BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («24 de septiembre de 1999», pp. 203-204, que califica la intervención de esterilización de obligación de resultado, aunque admite que la jurisprudencia no ha llegado a tanto).

¹⁰¹ . Si bien es usual citar un gran número de sentencias que apoyan esta tendencia hacia el contrato de obra (por ejemplo las SSTS de 25 de abril de 1994, 11 de febrero y 27 de junio de 1997, 3 de octubre de 2000 (Sala 3ª) y 11 de mayo de 2001), como ponen de relieve MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Responsabilidad...», pp. 1641-1642; «Sentencia...», p. 1105), esta opinión doctrinal ha de ser relativizada de acuerdo a dos observaciones: en primer lugar, la alusión a las excepciones a la obligación de medios suele hacerse *obiter dicta*; y en segundo lugar, el Tribunal Supremo no llega a calificar expresamente la obligación como de resultado, sino que declara exclusivamente su aproximación al arrendamiento de obra. Por tanto, no se proclama un cambio en el régimen de responsabilidad, sino, a lo sumo, un incremento del nivel de diligencia exigida, que repercute fundamentalmente sobre la obligación de información.

Por lo que respecta a la doctrina, son numerosos los autores que se hacen eco de esta tendencia de aproximación. Por mencionar algunos de ellos, ASÚA GONZÁLEZ (*op. cit.*, pp. 988-989); BAÑEGUIL ESPINOSA y SALVADOR CRESPO (*op. cit.*, p. 150) o ILLESCAS RUS («El daño moral estricto», en *Valoración judicial de Daños y perjuicios II*, Director J. Fernández Entralgo, CGPJ, Madrid 1999, p. 274-275); SÁNCHEZ GÓMEZ («Sentencia...», p. 1071); VICENTE DOMINGO (*Daños corporales...*, pp. 108 y 206-207; «El daño...», 246-247). Entre los autores alemanes, OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 69) resume la posición mayoritaria doctrinal y jurisprudencial contraria a la imputación al profesional sanitario de una obligación de resultado.

¹⁰² . Por poner un ejemplo, en relación con la esterilización, que suele determinarse como una de las prestaciones de esta «medicina voluntaria», afirma la SAP Asturias, de 28 de mayo de 1992 que «en el estado actual de la ciencia médica [...] no existe un método, quirúrgico o no, que garantice absolutamente el resultado de la esterilidad». Tal afirmación, no obstante, deja abierta la puerta a que en el futuro este resultado pueda ser garantizado por algún otro método.

¹⁰³ . MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, pp. 361-362). En concreto, se dice que la información ha de recoger no sólo el procedimiento que se va a seguir, sino, sobre todo, los riesgos que lleva aparejados, las probabilidades de conseguir el resultado que busca el paciente y las medidas que éste debe adoptar para asegurar este resultado, aspectos todos ellos que pueden incidir en la decisión voluntaria del paciente. En palabras de la

ción pasa a considerarse como un deber de resultado: el paciente debe conocer hasta el último detalle de los riesgos y posibilidades de la intervención, para que pueda decidir consecuentemente¹⁰⁴. Sin embargo, tal caracterización como deber de resultado impone una carga excesiva en el profesional sanitario, que quedaría obligado a asegurarse de que el paciente comprendiera y asimilara la información, con independencia de las condiciones o de la voluntad de éste. Por ello, ha de rechazarse¹⁰⁵.

De todas formas, hay que destacar que esta aproximación y esta elevación del deber de información apenas tiene incidencia respecto de las acciones de *wrongful birth*. Esto es así no sólo porque las prestaciones de «medicina voluntaria» guarden escasa relación con los supuestos de hecho que aquí se plantean (salvo que se considerase el diagnóstico preconceptivo o prenatal no como curativo, sino como voluntario), sino sobre todo porque la información que resulta relevante en estos casos es la que se ha de proporcionar una vez desarrollada la prestación en sí —la información que explicita el resultado de la misma— y no la información previa al consentimiento para la realización de tal prestación¹⁰⁶.

5. En todo caso, la voluntad presunta de las partes de asumir una obligación de resultado no es el único criterio que puede guiar a la hora de calificar una obligación como de medios o de resultado. Resulta notorio que en los casos de la llamada «medicina voluntaria» coincide el hecho de que el avance científico o técnico ha llegado a un punto en el cual la previsión del resultado esperable como consecuencia de la actuación del profesional es alta. En este tipo de prestaciones sobre las que se predica la «voluntariedad», el margen de riesgo no controlable por el médico es mucho menor, aunque subsista un margen de *alea*;

famosa STS de 25 de abril de 1994: «[la obligación de medios] se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente [...] tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisas para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención».

¹⁰⁴. «Sentencia...», p. 1015. Tal afirmación es recogida y apoyada igualmente por CECCHINI ROSELL (*op. cit.*, p. 185) y SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p. 49). En el derecho francés, tienden igualmente a tal proclamación tanto DAGORNE-LABBE (*op. cit.*, p. 25), como DEGUERGUE (*op. cit.*, p. 17).

¹⁰⁵. De hecho, así se sostiene por KENNEDY y GRUBB (*Principles...*, p. 166), que ponen de relieve cómo no se requiere que el médico se asegure de que el paciente entendió la información, sino que basta con que el médico se comportara razonablemente.

¹⁰⁶. En relación a las pruebas médicas, la doctrina de la aproximación a la obligación de resultado obliga al facultativo a informar del riesgo de fracaso de la prueba y de pruebas alternativas; pero no le obliga a proporcionar una información más exhaustiva respecto de los resultados obtenidos; información que, por otro lado, no tendría transcendencia de cara a estas acciones (pues lo importante no es que se aclare o no la información,

motivo por el cual se allanan los obstáculos al incremento del contenido de la obligación del profesional sanitario, que se aproxima así a una obligación de resultado. Por tanto, existe un substrato científico que apoya este cambio.

De esta forma, la previsibilidad del resultado puede ser también un criterio para establecer la aproximación a las obligaciones de resultado cuando no ha existido una voluntad expresa¹⁰⁷. A falta de voluntad en contra, la reducción en un caso concreto del riesgo o del *alea* deberá ser tenida en cuenta. Esto debería permitir realizar esta misma aproximación en relación con otras prestaciones respecto de las que existiera tal «certeza» en relación con la previsibilidad de un posible resultado, lo cual ampliaría bastante su ámbito¹⁰⁸.

6. De cara a las acciones de *wrongful birth*, lo que nos interesa es examinar si esta extensión se puede llevar a las prestaciones de tipo analítico o, en general, a las pruebas médicas. Dado que en muchas ocasiones el falso negativo de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* proviene de la fase de prueba, sería relevante calificar esta prestación como una obligación de resultado cuando se pactara de forma independiente frente a un determi-

sino que sea correcta). Por ello, aunque un aumento del deber de información pudiera parecer trascendente en este contexto, no tiene incidencia en la práctica de las acciones que aquí estudiamos.

¹⁰⁷. En este sentido, LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, p. 78) señala que la ausencia de *alea* es un criterio para exceptuar la regla general de la obligación de medios. Quizá por ello afirma posteriormente que a medida que avance la ciencia, determinadas prestaciones médicas se convierten en arrendamiento de obra, una vez eliminado el *alea* (p. 124); idea con la que coincide DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ (*El régimen...*, pp. 81-83). Del mismo modo admite PENNEAU la concurrencia de una obligación de resultado en aquellos casos en que no concurra un *alea* (*Médicale...*, p. 36; *Médecin...*, pp. 10-11).

Sobre los criterios de distinción entre las obligaciones de medios y de resultado (la autonomía de la voluntad, la situación de las partes, el carácter aleatorio del resultado, el papel activo o pasivo del acreedor en el cumplimiento, la mayor o menor determinación de la prestación prometida, el sistema de imputación del riesgo y el recurso a la equidad), ver CABANILLAS SÁNCHEZ (*Las obligaciones...*, pp. 38-46). El criterio de la voluntariedad de la prestación, aunque se constituye como criterio principal, no es el único posible para predicar la aproximación a un resultado. Sobre esta idea, BADENAS CARPIO (*op. cit.*, p. 263) declara como artificial la distinción entre medicina voluntaria y asistencial e indica que a lo que se ha de atender es a lo establecido por las partes en la relación.

¹⁰⁸. Concretamente, se alude por la doctrina a otra serie de prestaciones que no encajan perfectamente en el criterio de la medicina voluntaria, pero sí en el de la ausencia o reducción del *alea* (como las graduaciones ópticas: FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, p. 55); junto con ciertos deberes ínsitos en la relación contractual (como mantener en buen estado el instrumental: FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, pp. 55, 63, 185 y 312 y PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», pp. 1069-1072).

De todas formas, en estos últimos casos parece que se trata más bien de resultados parciales exigibles dentro de la obligación general de medios. Así, destaca en concreto la doctrina cómo en el seno de una obligación de medios pueden incardinarse obligaciones parciales de resultado, sin que por ello se pierda la calificación general. En este sentido, LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, pp. 70, 74); SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, pp. 34 y 117), YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, pp. 38, 50 y 268; *Sistema...*, p. 129), o también PENNEAU (*Médicale...*, p. 34), en el caso de Francia y DEUTSCH (*Arztrecht...*, p. 35) y UHLENBRUCK y LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 351), en el de Alemania.

nado profesional, pues, como veremos, esta calificación tiene trascendencia de cara a las posibilidades de exoneración del deudor y de su obligación de responder en general.

Desde el punto de vista de la previsibilidad del resultado, la obtención de un resultado fiable en las prestaciones analíticas es previsible y prácticamente garantizable si la prestación se desarrolla conforme a la *lex artis*. Es, pues, la pericia médica y no el *alea* la que interviene en este tipo de prestaciones. La mecanicidad de ciertas actuaciones, unida al empleo de material o instrumental de gran precisión¹⁰⁹, junto a la menor incidencia de procesos biológicos (ya que en la mayor parte de las ocasiones se trabaja sobre muestras ya extraídas del cuerpo humano, independientes, por tanto, de éste) confiere gran certeza a la posibilidad de obtener un resultado fiable¹¹⁰. Por tanto, el fracaso del resultado no suele depender de un margen de suerte o de mala suerte, sino de una mala práctica.

A partir de este presupuesto, no parece existir dificultad para admitir que en estos casos nos hallamos ante obligaciones de resultado, pues, de acuerdo con la *lex artis*, éste puede ser alcanzado (y, salvado este obstáculo, no existe razón para diferenciar a los profesionales sanitarios del resto de los deudores¹¹¹). Por ello, diversos autores han aceptado

¹⁰⁹ . Esta misma opinión la recoge primero FERNÁNDEZ COSTALES (*La responsabilidad...*, pp. 60-61) y posteriormente SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, pp. 136-137), incluyendo dentro de las obligaciones de resultado las prestaciones desarrolladas en el seno de las especialidades de análisis clínicos y bioquímica clínica, así como de radiodiagnóstico, en tanto que su realización e interpretación no lleva implícito ningún margen de *alea* y error. Como expresivamente indica el primer autor, en relación al radiodiagnóstico, «se utilizan unos procedimientos técnicos extremadamente sofisticados en relación al progreso de la ciencia médica, como son los modernos métodos de radiodiagnóstico por ultrasonidos [...], y es evidente que la perfección instrumental elimina en un grado elevadísimo el *álea*, estando obligado el médico especialista en radiodiagnóstico a un resultado y a la realización de una obra determinada y correcta, cual es la placa o placas radiográficas».

¹¹⁰ . La actividad del analista se centra en la traducción a parámetros universales de la muestra obtenida, lo cual es una operación en la que no interviene ni la suerte ni proceso biológico alguno, sino la mera ciencia y conocimientos del médico. En este sentido, GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO indican que en la actualidad los métodos de diagnóstico son de una precisión, exactitud y viabilidad próximas o dentro del 100% (*op. cit.*, p. 252) y establecen, por ejemplo, para el caso de los radiólogos que no se trata de actos sometidos a leyes o fenómenos biológicos incontrolables (p. 284).

¹¹¹ . Efectivamente, una vez identificado un ámbito en que desaparece el *alea* que se dice característico de las prestaciones sanitarias, el hecho de que el resultado pueda malograrse por la concurrencia de un evento que se califique como caso fortuito y que deba responder por ello el deudor (pues, como veremos, sólo queda exonerado por fuerza mayor) es la misma situación en que se encuentra cualquier deudor de una obligación de resultado: lejos de responder por todos los daños, responderá únicamente por los que se produzcan bajo su ámbito de control y no por los de fuerza mayor. Sólo si se considera que existe una diferencia cualitativa entre los riesgos internos en el caso de las obligaciones médicas frente al resto de las obligaciones de resultado, se podría llegar a afirmar la necesidad de una solución distinta; pero esta diferencia no existe en el seno de una actividad médica en que se trabaja con materiales en que no intervienen procesos biológicos.

Por ello, siempre que se trate de un riesgo normal y no de un *alea* (diferencia que se encuentra también en CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones...*, pp. 42-43), podrá afirmarse la posibilidad de interpretar la obligación asumida como de resultado. Así, destaca SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p. 116) que el criterio de aleato-

expresamente estas prestaciones como obligaciones de resultado¹¹². La regla en este caso será la de que, salvo pacto expreso en contra, se habrá de entender asumido por el profesional sanitario la garantía de la corrección del resultado extraído de la prueba.

7. Sin embargo, tal aceptación suele ir acompañada de una precisión o matiz que nos parece adecuado, pues repite, de hecho, el principio del que se ha partido para fijar la excepción. En aquellos casos en los que la prestación médica analítica resulte muy complicada o encierre un margen de incertidumbre, se deberá considerar que la obligación asumida es de medios, no de resultado¹¹³.

La variedad de las pruebas médicas es muy amplia, al igual que lo es su margen de desarrollo, de manera que, según el estado de la ciencia médica en el campo en cuestión, existen pruebas cuyos resultados no son del todo fiables; existe en ellas un margen de *alea* que deja fuera de la competencia del profesional sanitario el control y la garantía de la exactitud del resultado¹¹⁴. En estos casos, no sería adecuada la imputación al profesional

riedad es peligroso, pues puede llevar a una generalización de la obligación de medios a todo supuesto de contrato médico, incluso aunque se trate de un caso próximo a obligaciones de resultado.

¹¹². La lista es, en realidad, bastante larga, por lo que sólo vamos a citar una serie de ejemplos (FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad...*, pp. 60-61; FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, pp. 39 y 55; GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO, *op. cit.*, pp. 46, 143, 161, 217 y 284; ROMERO COLOMA, *La medicina ante los derechos del paciente*, Montecorvo, Madrid 2002, pp. 128-129, 133 e YZQUIERDO TOLSADA, *Profesional liberal...*, pp. 50; *Sistema...*, p. 130). Igualmente, esta calificación de obligación de resultado se encuentra en los países de nuestro entorno, y así lo proclaman, entre otros, DEUTSCH (*Arztrecht...*, p. 48), MÉMETEAU (*op. cit.*, p. 2276) o LE TOURNEAU y CADIET (*op. cit.*, pp. 761-762).

En contra, sin embargo, ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, p. 171) señala de forma algo confusa que el compromiso del profesional es sólo a realizar esa obra como parte de un tratamiento, pero no hay incumplimiento por no alcanzar el resultado.

¹¹³. En este sentido, tanto LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, p. 79), como PENNEAU (*Médicale...*, p. 37; *Médecin...*, p. 10) y, extendiéndolo en general a todo el ordenamiento francés, FISCHER y LILIE (*op. cit.*, p. 6), rechazan la calificación como obligación de resultado en la medida en que se trate de pruebas de resultados inciertos o muy complicados.

¹¹⁴. Un ejemplo nos lo ofrece la STS de 4 de febrero de 1999, en la que se establece la diferencia entre diversos niveles de ecografía y el grado de precisión de cada uno de ellas; precisiones que reitera la SAP de Cádiz de 17 de septiembre de 2002, con un amplio estudio al respecto sobre de los defectos de estas pruebas en relación a ciertas malformaciones estructurales. De hecho, GOMBAULT («La responsabilité de l'échographiste du fait de l'absence de dépistage de malformations sur un fœtus», *Gazette du Palais*, 1996 (196-198), p. 73) y FINEL (*op. cit.*, p. 230 nota 32) señalan la existencia de ciertos factores, como la posición del feto, el momento en que se practique la prueba o cualidades del líquido amniótico, que pueden influir en la fiabilidad del resultado de la ecografía. Según estudian DE LA FUENTE y BAJO («Diagnóstico...», p. 172; «Patología fetal. Malformaciones fetales», en *Tratado de obstetricia y ginecología*, Volumen I, Dirigido por J.A. Usandizaga Beguiristáin y P. de la Fuente Pérez, McGraw Hill Interamericana, Madrid 1997, pp. 336-337) algunas malformaciones (como las del sistema nervioso central) se diagnostican más fácilmente que otras (las faciales) de manera que el porcentaje oscila entre un 30 y un 70%.

Otras pruebas son también cuestionadas. Así, ANDREWS (*op. cit.*, pp. 165-169) cita como ejemplo las pruebas diseñadas inicialmente para la detección de la fibrosis quística, o el uso de los análisis de sangre como indicativos de la llamada «espina bífida» (alfaproteínas), a los cuales se refieren también BOPP, BOSTROM

sanitario del riesgo de no alcanzar un resultado correcto, puesto que la garantía del mismo está más allá de la ciencia médica. Por ello, a lo único que quedaría obligado el profesional que se enfrenta a este tipo de pruebas sería a cumplir con los parámetros de la *lex artis* tendentes a la consecución de un resultado fiable; esto es, a una obligación de medios.

8. Trasladado todo esto al ámbito de las pruebas preconceptivas o prenatales, resulta que la calificación de la obligación asumida por el profesional como de medios o de resultado habrá de hacerse depender en última instancia del grado de fiabilidad de la prueba. La amplia fiabilidad y garantía de algunas de estas pruebas permitirá considerar que el profesional asumió una obligación de resultado, pero no cuando la fiabilidad y garantía sea escasa. Se podrá afirmar, pues, la calificación de las prestaciones de tipo analítico como obligación de resultado, siempre que de acuerdo con el estado actual de la ciencia no intervenga un *alea* en la corrección del resultado que pueda alcanzarse. Como es obvio, todo dependerá, pues, de la estimación de la presencia de riesgos normales presentes en toda prestación o de riesgos anormales derivados de la propia esencia de la actividad desarrollada.

Pese a esta conclusión, sin embargo, hay que señalar que cuando se trata de las pruebas específicas de diagnóstico preconceptivo o prenatal (amniocentesis, ecografía...), la práctica muestra unas mayores resistencias a la calificación como obligación de resultado, con independencia de su grado de fiabilidad o de la posibilidad de garantizar un resultado correcto¹¹⁵, quizá por el miedo ya señalado a una «medicina defensiva» o a una voluntad

y MCKINNEY (*op. cit.*, pp. 488-489), que destacan que tales pruebas producen tanto falsos positivos (en un 95% de los casos), como falsos negativos (en un 20% de los casos).

Estos últimos mencionan también la amniocentesis, pues no distingue entre un niño afectado por una enfermedad genética y un mero portador. Ahora bien, la cuestión de la fiabilidad de esta prueba es dudosa, pues mientras que algunos afirman que la certeza alcanza un 99,9% (PÉCRESSE, *op. cit.*, p. 374 y SAP Málaga, de 31 de marzo de 2000), otros (ALLOITEAU, *op. cit.*, p. 27) subrayan cómo es posible realizar una punción en blanco (extracción de muestra de la madre y no del feto) o cómo la dificultad de detección de ciertos males se incrementa en embriones de sexo femenino (de hecho en los casos españoles en que se produjo un error en el resultado de la amniocentesis el embrión era de sexo femenino: SAP Vizcaya de 18 de enero de 1999 y Málaga de 31 de marzo de 2000).

¹¹⁵ Muestra de ello es la SAP Vizcaya de 18 de enero de 1999, que afirma que en toda prueba existe un margen de error humano. Igualmente, fuera de nuestras fronteras, el porcentaje de error existente en las ecografías fue el motivo por el que el TA de Strasbourg en sentencia de 17 de julio de 1990 negó la existencia de negligencia por la falta de detección de malformaciones del feto en una ecografía: «les observations qu'il permet de faire dépendent de la position du foetus et ainsi, les conclusions auxquelles il permet d'aboutir sont toujours marquées d'une part d'incertitude».

Entre la doctrina, de forma más generalizada, BERENSON (*op. cit.*, p. 898 nota 10) se refiere sin precisar a «the inability of medical science to ensure accurate and conclusive testing for prenatal defects»; y PÉREZ-TENESSA (*op. cit.*, p. 51) pone de relieve que las prácticas de diagnóstico preconceptivo, a pesar de los espectaculares avances en biología y genética, que permiten alcanzar un porcentaje de aciertos cada vez mayor, no garantizan un diagnóstico plenamente fiable.

del profesional contraria a la asunción de este riesgo. En cualquier caso, tal resistencia no es adecuada, como se ha indicado, en tanto sea previsible la garantía de un resultado fiable.

2.2.3. La distinción entre ambos tipos contractuales de cara a la responsabilidad

1. La trascendencia de la posibilidad de calificar como contrato de obra o de servicio —o como obligación de medios o de resultado— las prestaciones asumidas por los profesionales sanitarios se centra en un principio en la extensión de la obligación asumida, en tanto que el resultado se contempla o no como objeto de la prestación¹¹⁶.

2. Esto incide indudablemente en materia de incumplimiento (que en un caso se aprecia por la falta de consecución del resultado y en el otro por el comportamiento contrario a la *lex artis*¹¹⁷) y, correspondientemente, en materia de pago de honorarios al profesional¹¹⁸; pero tales consecuencias no son las que nos interesan de cara a la cuestión aquí estudiada, sino la incidencia que tal distinción tiene en materia de responsabilidad.

¹¹⁶ . Según recoge SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p. 125), en las obligaciones de medios se constata cómo el interés del acreedor no coincide con el interés jurídico comprometido por el deudor: se cumple con el desarrollo de una conducta diligente, pese a que no se alcancen los fines perseguidos por el acreedor. Sin embargo, puntualiza la autora (p. 111) que esto no significa que el resultado le sea indiferente a las partes, sino que no se compromete a alcanzarlo el deudor (o, en palabras de BADOSA COLL, no se eleva a exigencia de la prestación, ni de cumplimiento extintivo, *Diligencia...*, p. 513). Este resultado, de hecho, aclara CABANILLAS SÁNCHEZ (*Las obligaciones...*, pp. 29, 37-38), está presente en el objeto de toda obligación, sea de actividad o de resultado; y el deudor ha de tenerlo siempre presente, dirigiendo a él su actividad. De hecho, la distinción de dos perspectivas de toda prestación contractual, como comportamiento debido por del deudor (*Leistungsverhaltens*) y como satisfacción del interés del acreedor (*Leistungserfolg*) fue puesta de relieve hace tiempo por el alemán WIEACKER («*Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*», en *Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag*, Tomo I, Verlag C.H. Beck, München-Berlin 1965, pp. 783-786), para el que el cumplimiento de la prestación requería la realización o satisfacción del interés del acreedor a través del comportamiento del deudor acorde a lo pactado (pp. 798 y 812).

En las de resultado, en cambio, dice CABANILLAS SÁNCHEZ (*Las obligaciones...*, p. 30) que el deudor garantiza la obtención del resultado, que constituye el interés primario del acreedor. La satisfacción del interés es plenamente exigible, mientras que en las obligaciones de medios es meramente potencial (p. 37).

¹¹⁷ . Ver en este sentido el ya mencionado autor alemán (WIEACKER, *op. cit.*, pp. 798-805), así como entre nuestros autores, CABANILLAS SÁNCHEZ (*Las obligaciones...*, p. 123-127) o DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ (*El régimen...*, pp. 87, 89).

¹¹⁸ . Como señala YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, pp. 129-130), «la distinción entre obligaciones de actividad y obligaciones de resultado nació con la finalidad de diseñar un esquema de atribución de riesgos: el deudor de una obligación de resultado que no logra obtener el mismo, sea cual sea la causa del fracaso, ha incumplido su obligación», de ello deriva la pérdida del derecho a la percepción de honorarios. Es, pues, el deudor, el que asume el riesgo, según destacan CABANILLAS SÁNCHEZ (*Las obligaciones...*, pp. 30 y 39) y SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p. 112) y según los artículos 1589 y 1590 Cc.

En cambio, en el caso de las obligaciones de medios tal incumplimiento es independiente del resultado: aunque éste no se consiga, el profesional tiene derecho a los honorarios si actuó diligentemente. De hecho, según SÁNCHEZ GÓMEZ en estos casos es el acreedor el que asume el riesgo de la frustración del resultado práctico, por lo que el deudor conservará su derecho a percibir los honorarios (*Contrato...*, p. 112).

3. En este campo, la importancia de la distinción reside en el parámetro de imputación a través del cual se atribuyen los daños en cada uno de los casos. Comenzando por las obligaciones de medios, no hay duda de que el deudor contractual responde por su propia negligencia, pero no más allá. Salvo pacto en contra –pacto que es tan lícito como el de la asunción de una obligación de resultado¹¹⁹–, no responde de los daños acaecidos bajo su ámbito de control ni de los que provienen de acontecimientos externos, salvo que por su parte se pudiera apreciar una falta de diligencia. Por tanto, si el profesional sanitario protagonista de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* hubiera actuado diligentemente, no respondería del daño¹²⁰. Coincide con ello el parámetro de la diligencia con el parámetro del incumplimiento¹²¹.

Frente a ello, en las obligaciones de resultado ha de entenderse que la responsabilidad se produce al margen de la culpa, al haber sido asumidos generalmente por el deudor – en el reparto de los riesgos realizados por las partes en el contrato–, salvo pacto en contra, los riesgos derivados de la no consecución del resultado que caen bajo su ámbito de control (riesgos entre los que se han de contar los posibles daños que de este evento deriven).

¹¹⁹ . Como señala CARRASCO PERERA («Artículo 1105...», pp. 663-665), el deudor puede asumir por contrato la responsabilidad por caso fortuito o variar en otros aspectos las reglas de la atribución de responsabilidad ante el acaecimiento de este tipo de eventos. Del mismo modo, este pacto agravatorio es admitido por Díez-PICAZO (*Fundamentos II...*, pp. 591 y 618) e YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, p. 352; *Sistema...*, p. 359) sobre la base de la previsión del artículo 1105 Cc, que considera lícito y admisible el pacto de agravación de la responsabilidad.

¹²⁰ . Según YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, p. 131), la actuación diligente es suficiente para exonerar de responsabilidad al deudor sobre la base de una interpretación subjetiva de la responsabilidad contractual en el caso de la obligación de medios, donde se responde por la actuación negligente que causa daños. En estos casos se produce el juego de la culpa, en opinión de Díez-PICAZO (*Fundamentos II...*, p. 587), por su relación con el incumplimiento, al cual se equipara; idea que es también recogida por SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p. 111), en la medida en que se refiere a que la diligencia pasa a ser un parámetro de referencia respecto del cumplimiento.

¹²¹ . Todo incumplimiento de una obligación de medios es, por definición, culpable. Tal es el parecer de CARRASCO PERERA («Artículo 1104...», p. 592); DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ (*El régimen...*, p. 69) o YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, p. 126), entre otros. La obligación de medios consiste en la realización de una prestación médica conforme a la *lex artis*. Por ello, para hablar de incumplimiento es necesario que la prestación médica no se haya ejecutado o se haya ejecutado sin atender a la *lex artis*, de manera que todo incumplimiento lo es a la vez de la *lex artis*; motivo por el cual todo incumplimiento es culpable.

En la obligación de resultado, en cambio, el cumplimiento depende de si se alcanza el resultado acordado, no de la diligencia empleada para ello. La diligencia cumple, pues, exclusivamente, su papel como parámetro de comportamiento. De forma clara destaca YZQUIERDO TOLSADA que en las obligaciones de resultado, aunque existe una conducta exigible, de cara al incumplimiento la culpa no entra en juego (*Profesional liberal...*, p. 254, 258-259 y 267-269; *Sistema...*, pp. 126-128, 197). Sobre la doble perspectiva de la diligencia como actividad debida y fundamento de la responsabilidad, ver BADOSA COLL (*Diligencia...*, pp. 504-510).

Por ello, la prueba de un comportamiento diligente no exonera de responsabilidad al deudor, pues su responsabilidad se encuentra objetivada¹²². Únicamente se produce dicha exoneración en el caso de que el daño sea producto de fuerza mayor o de que se rompa el nexo causal con respecto de su actuación; pero responde por el resto de los daños¹²³. Esto, como veremos posteriormente, incidirá de cara a la posible imputación de responsabilidad al profesional sanitario en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*.

3. LA CONCURRENCIA DE LOS DIVERSOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD EN RELACIÓN A LAS ACCIONES DE *WRONGFUL LIFE*

3.1. La regla general: la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad administrativa

1. En el caso de las acciones de *wrongful life* la regla general es la contraria a la de las acciones de *wrongful birth*. Dado que la prestación sanitaria se desarrolla antes del nacimiento del niño, es difícil concebir una posible vinculación contractual entre el profesional sanitario y el *nasciturus* o el *concepturus*. El principio es, por tanto, que la responsabilidad que se reclame por la producción de un daño deberá seguir la vía de la responsabilidad extracontractual (cuando el daño se produjo en el contexto de la medicina privada), o la vía de la responsabilidad administrativa (cuando el daño se produjo como consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público de sanidad).

¹²² . El deudor que asume garantizar el resultado de una determinada prestación asume también el daño que se produzca por un evento que caiga bajo su ámbito de control o como derivado de su actividad. Únicamente no responderá de aquellos daños que quedaban fuera de su control (los casos de fuerza mayor), puesto que respecto de éstos no tiene posibilidad de control alguna y no se puede presumir, salvo pacto expreso en tal sentido, que hayan sido asumidos en el reparto de riesgos realizado por el contrato.

Esto ha llevado a SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p. 111) a calificar en estos casos la diligencia como un deber accesorio, lo cual no es adecuado. La diligencia sigue constituyéndose como parámetro de comportamiento al que debe ceñirse la actuación del profesional. De hecho, deberá responder el profesional de los daños que se produzcan como consecuencia de un comportamiento negligente: que se parta de una responsabilidad objetiva no impide la responsabilidad en caso de culpa, lo que impide es que sea necesario constatar tal negligencia en todo caso o, dicho al contrario, que la actuación diligente exonere de responsabilidad.

¹²³ . Así parece deducirse de CABANILLAS SÁNCHEZ (*Las obligaciones...*, p. 125); BADENAS CARPIO (*op. cit.*, p. 261); Díez-PICAZO (*Fundamentos II...*, p. 586) e YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, p. 130).

A ello ha de añadirse la posibilidad de pactar en contra de esta asunción del riesgo de daño por caso fortuito de acuerdo con el artículo 1105 Cc. Pese a la opinión contraria manifestada por ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, p. 172), hay entender en estos casos, junto con SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, pp. 134-135), que es necesario que este pacto se realice de forma expresa, pues no es suficiente para considerar asumido el daño producido por fuerza mayor el mero hecho de haberse acordado entre las partes una obligación de resultado.

2. Aunque esta regla general sí se ha puesto en cuestión entre la doctrina extranjera¹²⁴, entre nuestra doctrina parece darse por supuesta, pues no se plantean otras opciones. El curso de acontecimientos de estas acciones parece ofrecer como solución obvia e indiscutible la remisión a la vía extracontractual para la reclamación del niño.

No existe tampoco jurisprudencia al respecto, ya que el Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema, pues, como ya se dijo, ninguna acción de *wrongful life* ha llegado ante él.

3. Pese a esta uniformidad en la respuesta, desde un punto de vista no sólo teórico, sino también práctico, es interesante examinar si es posible construir una vinculación contractual entre el niño y el profesional sanitario; un contrato de arrendamiento de servicios médicos (o incluso de obra) en el que se pacten ciertas prestaciones sanitarias —de diagnóstico o de intervención sobre el cuerpo del embrión o feto para la realización de pruebas o corrección *in utero* de defectos—, a partir de las cuales el profesional sanitario deba responder contractualmente frente al niño.

Las ventajas de la responsabilidad contractual en ciertas materias (especialmente en el plazo de prescripción del ejercicio de la acción, pero también en materia de responsabilidad por hecho ajeno¹²⁵) llevan a que ésta pueda ser preferible a la responsabilidad extracontractual, de ahí la importancia de la cuestión¹²⁶.

¹²⁴ . Comenzando por Alemania, se cuestiona OSTHEIDE (*op. cit.*, pp. 178-180) si es posible conceder una pretensión de responsabilidad contractual al niño discapacitado a partir de un contrato con efecto protector frente a tercero (*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*). Del mismo modo, en Francia, en el caso Perruche, se consideró que la relación entre el niño y el médico era tanto contractual como extracontractual. Como señala KAYSER (*op. cit.*, p. 1890), era más simple admitir que se trataba de una relación contractual estipulada por la madre.

Ello no significa que esta línea de apertura sea compartida por todos los autores o por todos los ordenamientos al margen del nuestro. De hecho, en Estados Unidos, esta posibilidad es negada por BERENSON (*op. cit.*, p. 914 nota 98); y en Francia, JOURDAIN («Le préjudice résultant de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap congénital», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1996 (95), pp. 624-625) cuestiona la actuación de la jurisprudencia en el caso Perruche, dudando de que sea posible concluir un contrato en nombre del niño o estipularlo para él.

¹²⁵ . Por todos, CABANILLAS SÁNCHEZ (*Los deberes...*, p. 293).

¹²⁶ . Indica a este respecto YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, p. 85) que la responsabilidad aquiliana suele ser más confortable para el perjudicado, pero que el breve plazo de prescripción lleva a que se opte por la contractual. Es interesante en este punto traer la opinión de REGLERO CAMPOS («Conceptos...», pp. 127-134), que señala que las partes califican los daños de contractuales o extracontractuales según convenga a sus intereses, en general a los efectos de vencer el plazo de prescripción. En esta tendencia, además, la jurisprudencia se ha mostrado favorable por lo general a acoger la solución que conduce a la evitación de la prescripción, aunque hay excepciones (p. 130). La operación se hace generalmente calificando relaciones extracontractuales como contractuales; pero también a la inversa, cuando en la relación contractual se ha de aplicar un plazo especial de prescripción de menor duración que el extracontractual (pp. 132-134).

4. Frente a ello, hay que poner de relieve desde un principio que las dificultades de afirmar esta vinculación contractual son importantes:

- En primer lugar, desde un punto de vista técnico es difícil afirmar un vínculo contractual que ha de haberse producido con anterioridad al nacimiento y a la adquisición de la personalidad del niño; anterioridad que es necesaria en tanto que, de celebrarse el contrato con posterioridad a tal momento, no sería posible plantear una reclamación contractual por el daño sufrido en un momento anterior –salvo en el improbable caso de que se pactara la asunción de tales daños–, pues no se trataría de un daño producido en el ámbito de los intereses regulados en el contrato, sino de otros intereses preexistentes. Por ello, plantearse este contrato con posterioridad al nacimiento carece de sentido de cara al objetivo aquí perseguido de la afirmación de una posible reclamación de responsabilidad contractual del niño.

- En segundo lugar, la afirmación de un vínculo contractual que permita el ejercicio de la acción del niño a través de la vía de la responsabilidad contractual requiere que el niño sea parte del contrato; que el contrato se establezca con él o para él. Consiguientemente, no sirven a estos efectos aquellos contratos que afecten al niño de forma incidental o que se limitan a tenerle en consideración, pues no establecen un vínculo contractual con el niño, sino con la parte que celebra el contrato cuyos efectos se extienden a éste.

Por ello, aunque del contrato que pueda establecerse entre el médico y los progenitores se entiendan derivados una serie de deberes de cuidado y protección del médico frente al niño por nacer (deberes que emanan del principio de la buena fe, conforme al artículo 1258 Cc), éstos no constituyen la base para establecer un vínculo contractual entre el niño y el médico, pues parece que la obligación de éste último surge frente al acreedor contractual, no frente al protegido por ella (aunque hay que admitir que la cuestión es dudosa)¹²⁷.

¹²⁷ . En el derecho alemán es habitual la inclusión del niño en la esfera de protección creada por el contrato celebrado por la madre (inclusión que parte de la figura alemana del contrato con efecto protector frente a tercero; figura a partir de la cual se permite al tercero reclamar contractualmente, pero que es desconocida en nuestro derecho). Así lo afirman DEUTSCH («Das Kind...», p. 614; *Arztrecht...*, p. 132); FISCHER (*op. cit.*, p. 438); REINHART, *op. cit.* 1084 o WEBER (*op. cit.*, p. 53). Dice el primero, en concreto, que aunque el *nasciturus* no es parte contractual, ha sido incluido en el ámbito de protección del contrato de atención a la madre. No obstante, declara el autor que ello no permite extraer la existencia de deberes directos del profesional sanitario respecto de él relativos al aborto; previsión legal realizada a favor de la madre. El efecto protector se manifiesta en otros aspectos.

Por otra parte, la jurisprudencia del BGH parece rechazar esta extensión al niño del efecto protector del contrato celebrado por la mujer, ya que no es su interés el que se contempla, sino el de la madre (así lo recoge, por ejemplo, REINHART, *op. cit.*, p. 1083 o STÜRNER, *op. cit.*, pp. 318 y 320). Sin embargo, la doctrina critica la incongruencia de tal afirmación con el hecho de que al mismo tiempo se acepte la extensión del efecto

Es necesario, por tanto, que se trate de un contrato realizado en su nombre durante la fase prenatal o que se plantee una fórmula para establecer tal vínculo contractual a través del contrato concluido por otros sujetos.

- Resulta, además, difícil de imaginar desde un punto de vista lógico esta hipótesis: se trata de reclamar contractualmente por un daño que tiene su origen en un comportamiento anterior al nacimiento del niño (y en ocasiones, incluso, anterior a su concepción) que se pretende integrar, no obstante, dentro de los intereses contractualmente regulados entre las partes con anterioridad al nacimiento de una de ellas. No resulta, pues, extraño que generalmente esta cuestión no haya sido estudiada.

- Finalmente, desde la perspectiva de la práctica, hay que sembrar una cierta duda respecto de la voluntad de los profesionales sanitarios de someterse a este tipo de contratos a través de los cuales se amplía su responsabilidad frente a otros sujetos. Por ello, aunque pudiera llegar a plantearse esta posibilidad por el progenitor o progenitores contratantes, es bastante improbable que accediera a ello el profesional sanitario.

5. Por tanto, parece que *a priori* la respuesta negativa que confirma la regla general resulta clara. Pese a ello, una respuesta definitiva requiere un análisis algo más detenido de las diversas posibilidades que existen para establecer este vínculo contractual entre el profesional sanitario y el *nasciturus* o el *concepturus*.

protector de este contrato a la pareja del contratante, que es igualmente ajena al interés contemplado en el mismo (OSTHEIDE, *op. cit.*, pp. 142-143 y PICKER, *Wrongful life...*, p. 59).

Entre nuestros autores, sin embargo, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Sentencia...», p. 1107) parecen negar que la eficacia del contrato celebrado por la madre pueda extenderse más allá de ésta; y entre la doctrina francesa afirma DUGUET que el niño no puede ser considerado parte del contrato (*op. cit.*, p. 141). De hecho, esta diferencia puede derivar de la inexistencia en estos ordenamientos de una figura similar al *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*. En general, el estudio de los deberes de protección derivados del contrato en general se ha restringido a las partes contractuales (ver, por ejemplo, CABANILLAS SÁNCHEZ, *Los deberes...*, pp. 249, 255, 264-265). En tal ámbito se consideran deberes que se integran en la relación obligatoria en atención al interés de cada parte de preservar su propia persona y las propias cosas del daño que pueda derivar de la particular relación que se constituye con el contrato (CABANILLAS SÁNCHEZ, *Los deberes...* p. 266). Respecto de los deberes frente al tercero, como se dijo anteriormente al hacer referencia a la hipótesis del contrato celebrado por sólo uno de los progenitores, ha de entenderse que la obligación de protección se integra en el contrato celebrado, en atención a la valoración que hace el acreedor de los intereses del tercero. Debido a esa valoración, y no a la consideración del tercero en sí, el profesional sanitario ha de desplegar el cuidado o protección, motivo por el cual es difícil identificar respecto del tercero una relación obligacional o similar a ésta, aunque hay que admitir que se trata de una cuestión bastante dudosa cuyo análisis requiere una reflexión más profunda de la que aquí se puede hacer.

3.2. Las posibles excepciones

3.2.1. Celebración del contrato por el niño o en su nombre

1. En primer lugar, se ha de plantear la posibilidad de celebrar un contrato del que el niño sea parte contractual directa; esto es, un contrato celebrado por él o en su nombre¹²⁸.

2. La primera opción, no obstante, resulta chocante a tenor de lo indicado anteriormente sobre el hecho de que el contrato que aquí se plantea ha de celebrarse con anterioridad al nacimiento, ya que en dicho momento carece de existencia el niño y, lo que es más, de personalidad jurídica (artículo 29 Cc). Esto determina su falta de capacidad jurídica y capacidad de obrar, lo que impide su actuación como parte contractual.

Igualmente, ha de rechazarse la idea de que en estos casos la madre embarazada personifique al niño que lleva en su seno, o que el futuro progenitor lleve ya integrado en su material reproductor a los futuros descendientes, de manera que el contrato celebrado por cualquiera de los progenitores en fase preconceptiva o prenatal sea al mismo tiempo un contrato celebrado por el *nasciturus* o por el *concepturus* (como si se tratara de una única persona con una única voluntad). Tanto desde un punto de vista médico, como desde un punto de vista jurídico, se considera que se trata de sujetos diferentes con intereses diferenciados, de manera que la actuación de uno de ellos no repercute al mismo tiempo y de igual modo en la esfera jurídica del otro¹²⁹. Sin perjuicio de que las actuaciones de los progenito-

¹²⁸ . Es interesante conocer en este punto la distinción que realiza GHESTIN (*Traité de droit civil. Les obligations. Les affets du contrat*, París 1992, pp. 554 y siguientes) entre las partes en el momento de la formación del contrato y las partes en el momento de ejecución del contrato. Las primeras son las que concurrieron a la formación del contrato, expresando ellas mismas la voluntad de estar vinculadas por él, así como los representados en tal momento (lo que aquí denominamos parte contractual directa). Las segundas, en cambio, son las que han adquirido la condición de parte por haber consentido en convertirse en acreedoras o deudoras en virtud del contrato (en nuestro caso, se trata del supuesto del contrato con persona por designar y el contrato a favor de tercero, que se verán a continuación).

¹²⁹ . Para establecer las relaciones entre la madre y el feto establece SEYMOUR (*op. cit.*, p. 189) la existencia de tres sistemas: la consideración de ambos como una única entidad, la consideración de que se trata de entidades separadas e independientes y la de que se trata de entidades separadas pero ligadas indivisiblemente (*not-one-but-not-two*). El primer modelo, que aquí se rechaza, responde a la intención de dotar de autonomía a la mujer (objetivo que se puede lograr, según el autor, sin necesidad de proclamar la unidad, p. 193); el segundo, abre la puerta a potenciales conflictos entre la madre y el feto y, en opinión de algunos, refleja un concepto propio de la profesión médica, dominada por el sexo masculino, que tiende a controlar a las mujeres (pp. 194-196). Es el tercer modelo, pues, el que parece ser más adecuado, pues contempla los intereses de los dos implicados: el feto tiene potencial para adquirir derechos pero no posee actualmente ninguno (pp. 199-201). En este sentido, recoge GRUBB las siguientes palabras de Lord Mustill: «the mother and foetus were two distinct organisms living symbiotically, not a single organism with two aspects» (*op. cit.*, p. 243).

res influyan directamente sobre la descendencia futura, concebida o no, y sin perjuicio de que en ciertas ocasiones se permita que tal influencia tenga efectos jurídicos, ello no identifica a los dos sujetos implicados; son sujetos distintos, aunque relacionados.

3. Por ello, parece que la única opción dentro de esta primera vía de construcción de un vínculo contractual para el ejercicio de la acción de *wrongful life* es la afirmación de la celebración del contrato en nombre del niño. Esto nos remite a la actuación de un sujeto que actúe como su representante, solución que parece haber sido aceptada por algunos autores extranjeros¹³⁰.

Sin embargo, en nuestro caso parece que esta institución no encaja bien con la situación de los *nascituri* y los *concepturi*: ni es la contemplada por el Código civil para estos casos, ni se adapta bien al supuesto que aquí se plantea, ya que aunque exista un acuerdo contractual, el desarrollo de tal contrato es difícil frente a un acreedor aún no nacido¹³¹.

4. Por un lado, plantearse la posibilidad de aplicar la representación al caso de los *concepturi*, en el supuesto de que el falso negativo se hubiera producido en el contexto de un diagnóstico preconceptico o preimplantatorio, supone plantearse aplicar tal institución a

En nuestro caso, parece también este tercer sistema el que se ha adoptado en nuestro Ordenamiento. El artículo 29 Cc da la pauta por la cual queda patente que el Ordenamiento valora como ser independiente al niño, pues eso es lo que se deduce cuando opta por atribuir al concebido y no nacido sus derechos, a través de una ficción, en vez de atribuirselos a la madre para que ella se los transmita cuando se separe del seno materno. El Tribunal Constitucional declaró en la sentencia 53/1985, de 11 de abril (FJ 5) que la gestación «genera un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta».

En consonancia con ello se manifiestan CALVO MELIJE («El *nasciturus* y su protección jurídica. Parte I», *Actualidad Civil*, 1992-2, pp. 234-235: «el *nasciturus*, desde el momento de su concepción, es un ser humano diferenciado, con su código genético propio y persona; es por tanto un ser humano distinto de la madre e independiente de la misma, si bien, dado su escaso desarrollo, el Derecho aún no le concede personalidad jurídica») y GARRIDO DE PALMA («El derecho civil, protector del ser humano», *ADC*, 1983, p. 1365).

¹³⁰. MANNSDORFER, por ejemplo, estudia el consentimiento a favor del hijo todavía no nacido, atribuyendo a la madre esta posibilidad, que deberá actuar en interés del hijo (*op. cit.*, p. 108). La opinión del padre se deberá tener también en cuenta cuando sea posible (p. 109). Igualmente, KAYSER (*op. cit.*, p. 1890) admite la actuación de la madre en nombre del niño, pues establece que la madre estipuló un contrato no sólo en su nombre «mais aussi pour l'enfant dont elle était enceinte en le représentant».

¹³¹. El problema, por tanto, no se encuentra tanto en la inexistencia del representado, como en el desarrollo del contrato. De hecho, hay que señalar que en nuestro Ordenamiento no es extraña la idea de la conclusión de contratos por entes inexistentes y carentes de personalidad, pues se contempla para las sociedades en formación. Efectivamente, el artículo 15.2 LSA prevé en ciertos casos la posibilidad de una vinculación de la sociedad una vez formada respecto de ciertas actuaciones que se llevaron a cabo o respecto de la actuación de determinadas personas producida en la fase en la que carecía de personalidad. La falta de existencia de la sociedad no es, pues, un obstáculo para afirmar su vinculación posterior por actos anteriores.

un ser aún inexistente; un ser que, como mucho, es una idea en el pensamiento de sus progenitores, aunque no por ello es desconocido para el derecho¹³².

La representación, en cambio, encuentra su esencia en la actuación de un sujeto en el tráfico jurídico en lugar de otro sujeto, principio que lógicamente presupone la existencia del representado¹³³. Cuando éste no existe, no se produce representación alguna, sino actuación en nombre propio. Aunque dicha regla encuentra ciertas excepciones en las que se conceden efectos jurídicos a la representación de un sujeto inexistente, éstas se establecen generalmente a favor de un tercero que confió en una determinada apariencia¹³⁴; objetivo que se encuentra muy alejado del supuesto que aquí se plantea y que, por tanto, no permite aplicaciones analógicas.

En tales circunstancias, la actuación del sujeto que pretenda representar a un ser no concebido podría equipararse a la del representante que actúa en nombre de un sujeto que no le ha transferido la representación o la del que se excede del ámbito de representación concedido por la ley o la voluntad del representado. En estos casos, el Código civil (artículos 1725 y 1727 p.2) establece que el representado no queda vinculado con el tercero, sino sólo el representante. Consiguientemente, el sujeto que pretendiese actuar en nombre y re-

¹³². Nuestro Código civil recoge ciertas previsiones respecto de los *concepturi* (sustitución fideicomisaria, designación condicional de heredero y donación con cláusula de reversión), que permiten afirmar que no son completamente ignorados, como ponen de relieve DE CASTRO (*Derecho civil de España*, Tomo II, Parte 1ª, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1952, pp. 135 y 137); CABANILLAS SÁNCHEZ («Artículo 29», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Tomo I, Volumen 3, 2ª edición, EDERSA, Madrid 1993, pp. 786-793); CALVO MELIJE («Parte I...», pp. 258-261) y LACRUZ BERDEJO, *et al.* (*Elementos de Derecho Civil I*, Volumen segundo, 2ª edición Revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid 2000, p. 21). Junto a ello, se reconoce en ciertas ocasiones alguna protección a determinadas situaciones previas al comienzo «científico» de la vida (tal es el caso de los embriones y preembriones, respecto de los que contienen disposiciones tanto la Ley 35/1988, como la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos); protección por la que ya abogaba CARCABA FERNÁNDEZ («Hacia un estatuto jurídico del embrión humano. Especial consideración del pre-embrión», en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana (II Congreso mundial vasco)*, Editorial Trivium, Madrid 1988, pp. 395-397).

¹³³. De hecho, esto mismo se deduce del artículo 1709 Cc, cuando se indica que a través del mandato (representación) se obliga *una persona* a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo *de otra*. Por tanto, no sólo parece que el representado ha de existir, sino que también parece requerirse su personalidad jurídica, concepto que debe remitirse a los artículos 29 y 30 Cc. Igualmente, el artículo 1732.3º Cc proclama la extinción del mandato por muerte del mandante, de manera que, extinguida la personalidad de éste (pues tal es el efecto que produce la muerte, según el artículo 32 Cc), se extingue también la representación.

¹³⁴. Tal es el caso, por ejemplo, de lo previsto por el artículo 1738 Cc, que proclama el efecto frente a terceros de buena fe de lo hecho por el mandatario (representante) que ignora la muerte de su mandante. Con ello se está tratando de proteger la confianza depositada por el tercero en la apariencia de representación. Pero éste no es el supuesto que se presenta en este caso, donde no hay una apariencia que proteger, ya que el supuesto representado ni siquiera existe y el supuesto representante tiene conciencia de ello.

presentación de un ser no concebido sería él mismo responsable de aquello que realizase, sin vincular al supuesto representado con ello; el *concepturus*, en cambio, no quedaría vinculado contractualmente por esta vía.

5. Por otro lado, por lo que respecta al *nasciturus*, el especial régimen al cual se somete a éste en nuestro Ordenamiento introduce una diferencia respecto de lo anterior.

A pesar de que un niño concebido y no nacido es igualmente un sujeto que carece de personalidad jurídica, el artículo 29 Cc realiza una asimilación entre el *nasciturus* y los nacidos para todo aquello que les sea favorable¹³⁵. Este pronunciamiento supone, por tanto, la ficción de una cierta equiparación –condicional o eventual y parcial, según CABANILLAS SÁNCHEZ¹³⁶–, a partir de la cual se crea una especie de situación de pendencia, interina o provisional, en la cual la atribución de los bienes o derechos realizada a favor del *nasciturus* queda indeterminada hasta constatar si se produce o no el nacimiento con las condiciones del artículo 30 Cc¹³⁷. Una vez producido el nacimiento, se considera que la personali-

¹³⁵. Esta previsión responde a una dilatada tradición que comienza con el Derecho romano clásico, donde, aunque se consideraba que el concebido era una parte o víscera del cuerpo materno, sin naturaleza de cosa (D. 25, 4, 1, 1; Gayo, II, 203), era tenido en cuenta en el caso concreto de la sucesión hereditaria, donde se trataba concretamente de preservar o tutelar situaciones que con el nacimiento redundarían en ventaja del recién nacido (DE CASTRO, *Derecho...*, pp. 113-114; FUENTESECA, *Derecho privado romano*, E. Sánchez A. Gráficas S.L., Madrid 1978, p. 16). A partir de ahí, la protección se extendió a otros ámbitos («Qui in utero est, perinde ac si rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequamquam prosit», D. 1, 5, 7; «Qui in utero sunt, in toto paene iure civili inteleguntur in rerum natura esse», D. 1, 5, 26), si bien el principio sólo se aplicaba en cuanto pudiera beneficiar al nuevo ser (D. 1, 5, 26, 7).

Esta tradición fue posteriormente recogida en las Partidas, manteniéndose cierta equiparación –en aquello que fuera favorable para los *nascituri*–, entre éstos y los nacidos (P. 4, 23, 3: «Demientra que estoviére la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga, o se diga, a pro della, aprovechase ende, bien assi como si fuesse nascida; mas lo que fuesse dicho o fecho a daño de su persona, o de sus cosas, no le empesce»). Sin embargo, el Proyecto de Código civil de 1851 y la primera edición del Código civil no recogieron esta regla general. Se establecía una protección parcial en ciertos supuestos, a partir de lo dispuesto por el artículo 29 («El nacimiento determina la personalidad, sin perjuicio de los casos en que la ley retrotrae a un afecha anterior los derechos del nacido»). Ante las críticas en ambas Cámaras de la labor de la Comisión, por su casuismo y su abandono de la fórmula mantenida en las Partidas, se varió el texto del artículo 29, manteniendo su ubicación, para adecuarlo a la tradición histórica de nuestro Derecho. Para un análisis más detallado, ver DE CASTRO (*Derecho...*, pp. 113-115), así como los autores citados por este autor y por CABANILLAS SÁNCHEZ («Artículo 29...», p. 769, notas 10 y 11).

¹³⁶. «Artículo 29...», p. 771.

¹³⁷. La idea de la situación de pendencia, inicialmente enunciada por DE CASTRO (*Derecho...*, pp. 119-120) y seguida por numerosos autores (entre otros, con ciertos matices en el primer caso, CALVO MELIJE, «Parte I...», p. 253 o GARRIDO DE PALMA, *op. cit.*, p. 1366), es la que con el tiempo ha triunfado sobre el resto de interpretaciones que se han dado a la previsión del artículo 29 Cc (la personalidad jurídica del concebido; la personalidad especial: anticipada, condicional, futura o provisional; y la personalidad jurídica de los bienes o derechos destinados al *nasciturus*. Ver al respecto DE CASTRO, *Derecho...*, pp. 115-119; CABANILLAS SÁNCHEZ, «Artículo 29...», pp. 769-773; Díez-PICAZO, «Artículo 29», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Dirigidos por M. Albaladejo, Tomo I, EDESA, Madrid 1978, pp. 811-812 o

dad se retrotrae al momento de la atribución hecha en su favor, entendiéndose la posibilidad de ser titular de la misma¹³⁸.

No se establece, pues, una representación general del *nasciturus*, sino que lo que se establece es otro sistema de protección de sus intereses, conforme al cual, bajo ciertas circunstancias, otros sujetos pueden actuar por él a fin de impedir la pérdida de ciertos beneficios para el no nacido¹³⁹. Tal protección se establece porque, aun tratándose de un ser que ya ha sido concebido y cuyo nacimiento se prevé, de no establecerse un medio para aprehender las disposiciones o derechos establecidos en su favor antes de su nacimiento, estos beneficios se perderían, puesto que no podrían recaer sobre el concebido y no nacido que carece de capacidad jurídica para ser titular de ellos¹⁴⁰.

ALONSO PÉREZ, M., «De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XIII, Volumen 2º, Dirigidos por M. Albaladejo, EDESA, Madrid 1981, pp. 6-8; autor este último que parece optar por la apreciación de la personalidad del *nasciturus* y la titularidad de derechos por éste desde su gestación, como persona en formación, aunque otros tengan que velar por sus intereses hasta que con el nacimiento se consolide su plena capacidad jurídica; pp. 9-10 y en «Reflexiones sobre el concepto y valor de la persona en el "Derecho civil de España"», *ADC*, 1983, p. 1126).

¹³⁸ La mayoría de los autores parecen inclinarse por la retroacción de los efectos favorables hasta el momento de la concepción. Así, entre otros, ALBALADEJO GARCÍA («Artículo 627», en *Comentarios del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, p. 1596); CABANILLAS SÁNCHEZ («Artículo 29»..., p. 784); COCA PAYERAS («Voz "Concebido y no nacido"», en *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas, Madrid 1995, p. 1338); DíEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema I...*, p. 218) y ROCA TRIAS («Artículo 30», en *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, p. 229).

Frente a ellos, DE CASTRO (*Derecho...*, p. 130) hablaba de que no se producía una ficción de retorno, sino el despliegue de la eficacia propia de las situaciones interinas, de manera que se produce un efecto inmediato (aunque no automático).

¹³⁹ Como prueba de la negación de una representación se alude al artículo 627 Cc, que se refiere a los sujetos que «representarían» —en potencial simple— al futuro niño de haber nacido ya (DE CASTRO, *Derecho...*, pp. 121 y 123). De hecho, esta imposibilidad de representación es subrayada por DE CASTRO (*Derecho...*, pp. 121, 126), que niega que éste sea el instrumento adecuado, ante la falta de personalidad del *nasciturus* y afirma: «la mecánica de la representación legal y la de la protección del concebido son dispares; por la representación legal, el patrimonio de los llamados incapaces de obligarse responde por los actos del representante; el concebido carece, hasta su nacimiento, de un patrimonio, y la especial protección que se le otorga es para remediar su falta de personalidad». En el mismo sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ («Artículo 29»..., pp. 772, 777 y 781); DíEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema I...*, p. 216) y ROCA TRIAS («Artículo 30»..., p. 230).

Tales ideas no quedan contradichas por la previsión puntual recogida desde hace poco en los artículos 6.2 y 7 de la LECiv 1/2000, a través de los cuales no sólo se reconoce al *nasciturus* capacidad procesal para todos los efectos que le sean favorables, sino que además se establece la comparecencia en juicio de los *nascituri* a través de las personas que los representarían si ya hubieran nacido. De esta forma, pues, se establece una especie de representación puntual únicamente a los efectos de la defensa en juicio de los intereses del concebido y no nacido. Una previsión similar existe desde hace ya tiempo en la Compilación Navarra (Ley 63), donde se dispone expresamente la defensa por parte del padre o de la madre de los intereses o expectativas de sus hijos concebidos y no concebidos; defensa que parece que debe plantearse como representación.

¹⁴⁰ Por todos, CABANILLAS SÁNCHEZ («Artículo 29»..., p. 771). Esta protección civil del *nasciturus* existe también en otros ordenamientos, aunque no se establece de forma general, como en el nuestro, sino de forma parcial. Así, por ejemplo, en Estados Unidos, tanto BOPP, BOSTROM y MCKINNEY (*op. cit.*, pp. 477-484), como PROSSER y KEATON (*op. cit.*, pp. 367-368), declaran que la existencia del *nasciturus* se ha reconocido para diversos fines: penales, de propiedad, de responsabilidad...

6. Por tanto, de lo que se trata en este caso es de determinar si a través de esta equiparación con los ya nacidos se permite a los sujetos que representarían al *nasciturus* si hubiera nacido contraer en su nombre un contrato de servicios sanitarios.

Al respecto, ha de ponerse de relieve, en primer lugar, que lo que se plantea no es la asunción de un beneficio dispuesto a favor del *nasciturus*, sino una actuación positiva de creación de tal beneficio a través de la celebración de un contrato. En este sentido, hay que observar que en general parece reservarse este régimen previsto por el artículo 29 Cc para situaciones en que el *nasciturus* ocupa una posición pasiva respecto de ese efecto favorable que permite la equiparación. No se suele emplear, en cambio, para derechos o atribuciones cuya puesta a disposición del *nasciturus* se origine por su actuación o su voluntad, aunque —dejando de lado la interpretación del término «efectos»— es dudoso si la previsión del artículo 29 Cc contempla o no exclusivamente una actuación pasiva, de mantenimiento de los beneficios que son dispuestos para el *nasciturus* por otros sujetos. Sin embargo, si, como indica DE CASTRO¹⁴¹, el límite de esta protección ha de ponerse en contacto con la idea de que el *nasciturus* no se vea perjudicado por su retraso en nacer, no se ve obstáculo a la posible celebración de un contrato en la medida en que la oportunidad o conveniencia del mismo se plantee con anterioridad al nacimiento.

Mayores dificultades ofrece la necesaria constatación de que el *nasciturus* obtenga de ello un provecho, puesto que tal es el sentido de las palabras «para todos los efectos que le sean favorables» que recoge el artículo 29 Cc. Si bien la doctrina interpreta de forma muy amplia el término «favorable»¹⁴², no suele aplicarse respecto de la celebración de con-

De un modo similar a lo previsto por nuestro artículo 29 Cc, en el *Code Civil* francés se encuentran los artículos 725 y 906; y en el italiano de 1865, los artículos 236 y 724. En el derecho alemán, recoge el BGB ciertas disposiciones en que se reconocen al *nasciturus* algunos derechos (entre otros, § 844.2.2, indemnización por muerte al *nasciturus*; y § 1923 p.2, capacidad para heredar del concebido y no nacido, condicionado al nacimiento). A partir de esto, cierto sector doctrinal entiende que el *nasciturus* goza de una capacidad jurídica parcial que le permite ser englobado en el § 823 p.1 BGB como «dañado» (entre otros, LAUFS, «Haf-tung...», pp. 1055-1056). En el caso de Inglaterra, esta misma tendencia es apuntada en ocasiones. En este sentido, el juez Dillon declaró en los casos *Burton v. Islington HA* y de *Martell v. Merton and Sutton HA*: «There are other contexts [...] in which the English courts have adopted as part of English law the maxim of the civil law that an unborn child shall be deemed to be born whenever its interests require it». No obstante, en general parece que se adopta la visión que refleja GRUBB, conforme a la cual el feto ni es una persona ni es nada, ocupa una posición intermedia especial (*op. cit.*, p. 243).

¹⁴¹ . *Derecho...*, p. 119. De hecho, este autor menciona de forma expresa la posibilidad de contratos a favor del *nasciturus*, si bien indica la necesidad de la ratificación de los mismos por el representante legal del niño una vez producido el nacimiento (p. 131) y la posible revocación por los contratantes hasta ese momento (p. 126).

¹⁴² . Así, en concreto, se ha estimado en relación a previsiones de derecho sucesorio, donaciones hechas a favor del *nasciturus* e, incluso, en relación a la adquisición de legitimación activa respecto del ejercicio de

tratos, quizá porque cuando éstos son sinalagmáticos (como es el caso del arrendamiento de obra o servicios), el surgimiento de una obligación a cargo del *nasciturus* puede poner en duda la afirmación general de su carácter favorable¹⁴³. No obstante, ello implica una visión algo restringida de lo favorable; de hecho, la existencia de un interés que pueda ser desarrollado a través del contrato puede ser considerada favorable, a pesar de que conlleve una contraprestación monetaria que se imputará posteriormente al niño¹⁴⁴.

El problema principal en relación a la exigencia de un efecto «favorable» reside en este caso en que es dudoso que el contenido del contrato de diagnóstico que se pretendería celebrar en interés del *nasciturus* tenga para él efectos «favorables», pues podría llevar a la no concepción o a la terminación de su vida en formación. Quizá si se entendiera que en todo nacimiento existe un interés del *nasciturus* a no nacer en condiciones enfermas, pudiera entenderse un efecto favorable en este contrato. Pero tal interés en no nacer es muy discutido, como veremos, por lo que —dejando al lado que esta argumentación de rechazo no toma en consideración los posibles efectos positivos que también puede conllevar un contrato de diagnóstico prenatal¹⁴⁵— sí es cierto que el balance entre unos y otros efectos siempre la duda respecto de lo favorable del contrato en cuestión.

una acción de responsabilidad civil en la que ostente el papel de víctima (ver sobre estos efectos DÍEZ-PICAZO, «Artículo 29...», p. 813; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema I...*, p. 216; LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos I-2...*, pp. 17-19 y CABANILLAS SÁNCHEZ «Artículo 29...», pp. 777-781).

¹⁴³. Tal es, de hecho, la razón que aporta LACRUZ BERDEJO, *et al.* (*Elementos I-2...*, p. 19) para negar el juego del artículo 29 Cc respecto de la contratación: «la ficción subjetiva sólo le vale para todos los efectos que le sean favorables, y por tanto para recibir atribuciones gratuitas, mas no para ser parte en cualquier contrato en el que intervenga un *alea* o se obligue a algo, pues por grande que sea la expectativa de ganancia, no cabría calificar la posición del contratante de efecto puramente favorable». De forma menos expresiva, CALVO MELIJE («Parte I...», pp. 253-258), al estudiar extensamente la protección jurídico-civil del *nasciturus*, no recoge los contratos como uno de los posibles beneficios al *nasciturus*.

¹⁴⁴. En concreto, DE CASTRO (*Derecho...*, p. 129) afirma que la expresión «efectos favorables» no puede entenderse de manera que en cada situación que afecte al concebido puedan separarse los efectos favorables y los desfavorables (idea que recogen también CABANILLAS SÁNCHEZ, «Artículo 29...», p. 779 y DÍEZ-PICAZO, «Artículo 29...», p. 813). De lo que se trata es de dar al *nasciturus* la facultad, en sí favorable, de adquirir derechos, aunque éstos tengan aspectos negativos.

¹⁴⁵. ROMEO CASABONA («Aspectos...», pp. 164-165) cita concretamente tres beneficios que puede aportar al embrión o feto el diagnóstico prenatal: permitir el tratamiento (genético, quirúrgico, medicamentoso) del feto, o terapia fetal, para curar o paliar ciertas anomalías que presente; indicar el modo de realizar el parto, de acuerdo con las malformaciones que presente el feto y determinar el tratamiento que hay que seguir con el recién nacido una vez producido el parto. Añade a esto EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, pp. 126-130) el beneficio que puede derivar de la comprobación de la normalidad fetal (pues sólo un 95 % de los resultados detectan un defecto del niño). Por todo ello, no duda el primer autor citado en calificar al diagnóstico prenatal de terapéutico, al igual que cualquier otro diagnóstico: «ya que va encaminado al *tratamiento* del feto en la medida de las posibilidades existentes al respecto».

A esta duda ha de unirse que la realidad es que antes del nacimiento el interés del *nasciturus* queda sometido al de la madre, que es la que tiene capacidad y poder de decisión respecto de la continuación o término del embarazo en el supuesto de una situación enferma o discapacitada del *nasciturus*. Como luego se verá, son los intereses de ésta los que priman en caso de colisión con los intereses del niño. Por ello, aunque se aceptase la existencia de un interés del niño a no nacer enfermo, dicho interés quedaría supeditado a la voluntad de la madre de concebir o de no interrumpir el embarazo en el momento en que tal interés se contraponga a los propios de la madre. En tales condiciones, parece, pues, ficticio pretender que en el contrato celebrado con anterioridad al nacimiento se persigue favorecer un interés del niño, cuando la decisión al respecto la adopta otro sujeto y tal decisión puede adoptarla de acuerdo con sus propios intereses.

Por ello, el resultado es que no queda claro el efecto favorable de un contrato cuyos resultados no sólo pueden ser negativos, sino que además, no toma necesariamente en cuenta el propio interés del no nacido. De esta forma es, cuanto menos, dudoso que ésta sea la vía adecuada para vincular contractualmente al niño.

3.2.2. Celebración de un contrato del que el niño no es parte inicial

1. Si bien el principio en nuestro Ordenamiento es la eficacia relativa de los contratos, de manera que sólo despliegan sus efectos entre las partes que los han suscrito (artículo 1257 p.1 Cc), en ocasiones se permite que tal eficacia se extienda a sujetos distintos de los contratantes iniciales. Con las debidas diferencias entre ellos, éste es el caso de los contratos con persona a designar y a favor de tercero. En ambos casos se contempla la posibilidad de introducir en la órbita contractual a través de los efectos del contrato a un sujeto distinto del que inicialmente contrata con la otra parte, en un caso como parte contractual y en el otro como tercero vinculado.

2. Esta característica obliga a examinar en este punto los dos tipos de contratos, a fin de determinar si es posible encajar en ellas de alguna forma la situación que aquí se plantea.

Frente a esta opinión, destaca FINEL (*op. cit.*, p. 223): «le diagnostic conduit à une thérapeutique mais jamais à la suppression du patient. Le diagnostic prénatal est très souvent lié à l'interruption thérapeutique de grossesse»; idea que también manifiesta THOUVENIN (*op. cit.*, p. 421).

3.2.2.1. El contrato con persona por designar

1. En este contrato, uno de los contratantes (estipulante) se reserva la facultad de designar en un momento posterior —y dentro de un plazo al efecto prefijado—, a una tercera persona, desconocida o indeterminada en el momento de la celebración del contrato, que ocupará el lugar del estipulante, desligándose éste de la relación¹⁴⁶. Aplicado a nuestro caso, se trataría de que uno o ambos progenitores establecieran un contrato de servicios o de obra con el médico, reservándose la facultad de designar posteriormente al por entonces *nasciturus* o al *concepturus* para que entrara a ocupar la posición de acreedor de la prestación que ocupaban ellos originalmente.

2. Pese a que se trata de una fórmula contractual establecida y aceptada en nuestro Ordenamiento, lo cierto es que esta hipótesis es difícil que se produzca en la práctica en relación al supuesto aquí planteado, tanto porque no es muy probable que el profesional médico acepte este tipo de pactos —extraños, e incluso ajenos, a un normal desenvolvimiento de su actividad—, como por el hecho de que esta figura contractual no encaja en la situación en la que se desenvuelven las acciones de *wrongful life*.

De hecho, la formulación de una prestación sanitaria pactada respecto de uno o ambos progenitores que posteriormente tenga como acreedor al niño, sin que se altere el objeto de dicha prestación es ciertamente complicada¹⁴⁷, al igual que lo es pretender una reclamación de responsabilidad por un daño producido en el cumplimiento del contrato con anterioridad a la entrada del niño en la posición de acreedor contractual¹⁴⁸.

¹⁴⁶ . Ver al respecto, entre otros, DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Volumen I, 5ª edición, Civitas, Madrid 1996, p. 442); DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema II...*, pp. 91-92) y MUÑIZ ESPADA («Naturaleza jurídica del llamado contrato para persona a designar», *RCDI*, 1999 (654), pp. 1971-1972).

¹⁴⁷ . Como señala MUÑIZ ESPADA (*op. cit.*, p. 1973), en este tipo de contrato, lo que se altera es la identidad de una de las partes contractuales: «por lo que se refiere al resto del contrato, es idéntico al concluido por el estipulante». Ahora bien, es difícil imaginar en el ámbito médico un contrato que satisfaga a la vez el interés del contratante original y del posteriormente designado (salvo que se considere que el diagnóstico preconcepcivo o prenatal implica una prestación que es la misma con independencia de quién sea el acreedor).

Más difícil, sin embargo, es aceptar que el progenitor o progenitores estipulantes renuncien al control sobre la prestación, cuando tal prestación se desarrolla sobre ellos mismos. Tal separación es ciertamente difícil en el contexto de un contrato de servicios médicos cuyas prestaciones han de calificarse de personales, en tanto que se llevan a cabo sobre un sujeto determinado cuyo consentimiento es necesario, y en tanto que se afecta a la integridad personal del paciente, que es el que ha de manifestar su voluntad para ello.

¹⁴⁸ . Salvo que se admita que los progenitores puedan aceptar en nombre del *nasciturus* el contrato que se le cede por ellos mismos, el niño no ocupará la posición acreedora hasta su nacimiento (siempre que acepten en su nombre sus representantes legales), ya que la aceptación por el contratante cedido requiere que tenga la capacidad necesaria —tanto jurídica, como de obrar— exigida por el contrato de que se trate (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos I...*, p. 445; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema II...*, p. 92). Aunque se admita un efecto retroacti-

No parece ser, pues, la vía adecuada para el objetivo aquí buscado. Por ello, nos limitamos a mencionarla, para descartarla inmediatamente, vistos los problemas que plantea.

3.2.2.2. El contrato a favor de tercero

1. Regulado de forma escueta e insuficiente por el artículo 1257 p.2 Cc, este contrato se define como el celebrado por las partes (respectivamente, estipulante y promitente) para atribuir de manera directa o indirecta un derecho a un tercero (beneficiario) que, sin embargo, no ha tenido participación directa o indirecta en la celebración del negocio, y que no queda por consiguiente obligado ni vinculado por él¹⁴⁹.

Esto supone que el tercero no forma parte del vínculo contractual establecido entre las partes del contrato, pero no que su relación con el promitente quede al margen de un vínculo contractual. De hecho, en cuanto a los efectos del contrato, se establece una relación triangular, por la cual el promitente queda obligado frente al beneficiario; pero no éste frente a aquél. Por ello, la acción que, en su caso, ejercite el beneficiario en caso de incumplimiento se regirá por el régimen de la responsabilidad contractual¹⁵⁰.

2. La aplicación de esta figura contractual al ámbito sanitario es relativamente frecuente, sobre todo en el ámbito de las aseguradoras médicas y, en menor medida, en rela-

vo de tal aceptación (se le aplican al contratante definitivo los efectos del contrato desde su conclusión; MUÑIZ ESPADA, *op. cit.*, pp. 1972, 1982 y 1996) el daño producido con anterioridad sobre el anterior contratante es dudoso que le sea transmitido junto con el contrato, en la medida en que sea un daño personal. Por otra parte, se encuentra el problema de que lo que se cedería al niño en el momento de su nacimiento sería un contrato cuyo cumplimiento sólo tenía sentido antes del mismo. Dado que en estos casos el único interés en la designación del segundo acreedor residiría en posibilitar a éste el ejercicio contractual de los daños producidos en la ejecución del contrato, habría que plantearse si para ello sería necesario el empleo del contrato con persona por designar, o más bien si tal objetivo se correspondería con el de una cesión de la acción de responsabilidad, respecto de la que ya vimos en su momento los obstáculos en las acciones aquí estudiadas.

¹⁴⁹. Díez-PICAZO (*Fundamentos I...*, p. 429). De esta definición ha de destacarse, en opinión de YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, p. 91), la atribución de un derecho al tercero, pues es lo que diferencia esta figura contractual de otros supuestos en que se incluyen cláusulas en contratos que buscan beneficiar a terceros. Por otra parte, la ausencia de vinculación del tercero es importante para distinguirlo en nuestro caso de la figura de la representación indirecta, en la medida en que al versar el contrato sobre cosas, asuntos o negocios del mandante (lo que se interpreta de forma amplia como todos los casos en que es notorio que la titularidad de los derechos, asuntos o intereses es del mandante: ARANDA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 66; Díez-PICAZO, *La representación...*, pp. 48 y 268), en el caso de una representación indirecta podrían plantearse acciones del profesional frente al niño, por ejemplo, en reclamación del cobro de los honorarios (acción directa que admiten a partir del artículo 1717 Cc, entre otros, DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, Marisal, Madrid 1972, p. 130 y Díez-PICAZO, *La representación...*, pp. 48 y 268-270), que a través del contrato a favor de tercero quedan excluidas (esta obligación de pago de los honorarios sería asumida por los progenitores).

¹⁵⁰. Tal carácter contractual de la reclamación de responsabilidad a cargo del beneficiario es afirmado de forma unánime. Así, entre otros, CARBALLO FIDALGO («El contrato en favor de tercero», *Actualidad Civil*,

ción a las prestaciones desarrolladas sobre menores o incapaces (en la medida en que el acuerdo entre estipulante y promitente surja un derecho para el beneficiario de reclamar la prestación y las obligaciones frente al profesional sean asumidas por los progenitores, como estipulantes)¹⁵¹. Por el contrario, la aplicación en concreto a las acciones de *wrongful life* resulta bastante menos frecuente, aunque ha sido planteada ocasionalmente en Alemania¹⁵².

En estos casos, se trataría de que uno o ambos progenitores (estipulantes) entablasen una relación contractual con un profesional sanitario (promitente) de la cual se derivase una prestación (no un mero beneficio o efecto protector) que éste debiera realizar frente al niño (beneficiario); prestación que pudiera ser exigida por el beneficiario a través de los medios que establece el Ordenamiento.

3. En este contexto, la estipulación a favor del niño se puede pactar de forma exclusiva o junto con otras prestaciones a favor de los progenitores¹⁵³. La primera opción, sin embargo, es aquí difícilmente aceptable, pues el *concepturus* y el *nasciturus* son entes dependientes, lo que supone que las actuaciones sobre los mismos pasan en primer lugar necesariamente por el cuerpo de la progenitora o de los progenitores (con lo que resultaría difícil que permaneciesen al margen de la prestación sanitaria). Por ello, parece más adecuado restringir la posible aplicación de esta figura a la segunda posibilidad. Se trataría, por tanto, de que junto con la prestación a favor del estipulante o estipulantes se pactase el derecho del *nasciturus* o del *concepturus* de poder exigir del profesional sanitario una determinada prestación en atención a sus intereses.

En todo caso, esta reclamación se encuentra, al igual que el caso anterior, con una serie de problemas para poder aplicarla al caso aquí planteado:

2000-5 (47), p. 1721); Díez-PICAZO (*Fundamentos I...*, p. 441); LACRUZ BERDEJO, *et al.* (*Elementos II-1...*, p. 530) y NART FERNÁNDEZ («Notas sobre los contratos a favor de tercero», *AAMN*, 1950 (5), p. 487).

¹⁵¹ . Puntualiza MEDICUS que de hecho en el caso de los hijos menores se acude a este tipo de contratación a favor de tercero, pues los padres no suelen actuar en nombre del niño y suelen asumir la posición deudora de la relación contractual respecto de los honorarios del médico (*Besonderer...*, p. 163).

¹⁵² . Ver al respecto HARRER, *op. cit.*, p. 269-270 u OSTHEIDE, *op. cit.*, pp. 178-180.

¹⁵³ . Así lo afirman en general, CARBALLO FIDALGO (*op. cit.*, p. 1698); Díez-PICAZO («Artículo 1257», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, p. 435; *Fundamentos I...*, p. 432); Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema II...*, p. 87) y LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos II-1...*, p. 527. En cambio, rechazan la posibilidad de un contrato a favor de tercero que contenga exclusivamente estipulaciones a su favor DE BUEN («La estipulación en provecho de tercero», *RGLJ*, 1923 (142), p. 222) y NART FERNÁNDEZ (*op. cit.*, pp. 481 y 482).

Otros autores como COCA PAYERAS («Voz "Contrato a favor de tercero"», en *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas, Madrid 1995, p. 1639), o CARBALLO FIDALGO (*op. cit.*, p. 1698, nota 2), se limitan a diferenciar

4. El primer problema deriva de la falta de capacidad jurídica y de obrar del niño en el momento de celebración del contrato. Si bien la doctrina admite que el beneficiario no exista en el momento de otorgarse el contrato —pues al no intervenir en él, no es precisa su capacidad o personalidad en el momento de la celebración¹⁵⁴—, esta afirmación parece quedar contradicha cuando se exige por parte de algunos autores la capacidad jurídica y de obrar en el beneficiario¹⁵⁵. Ahora bien, tal exigencia ha de entenderse en su justa medida: no se trata de un requisito para la validez del pacto entre estipulante y promitente, sino para la aceptación del contrato por el beneficiario y la consolidación de su derecho.

Por lo tanto, no existe contradicción entre ambos pronunciamientos: el contrato que designa como beneficiario a un ser inexistente es válido, pero la estipulación en su favor podrá ser revocada hasta que el sujeto designado adquiera capacidad jurídica y capacidad de obrar general con las cuales pueda prestar su aceptación al derecho establecido en su favor (o hasta que sus representantes lo acepten en su nombre¹⁵⁶). Una vez aceptado, se entenderá que se consolida en el patrimonio del beneficiario el derecho dispuesto a su favor por el estipulante; derecho del que ya era titular desde el otorgamiento del contrato¹⁵⁷. Así,

en la denominación de contrato según si el beneficiario recibe una prestación («estipulación a favor de tercero») o todo el contenido contractual («contrato a favor de tercero»).

¹⁵⁴ . Entre otros, DÉ BUEN (*op. cit.*, p. 230); CARBALLO FIDALGO (*op. cit.*, p. 1704); DíEZ-PICAZO (*Fundamentos I...*, p. 434); LACRUZ BERDEJO (*et. al.*), *Elementos II-I...*, p. 527) y MARTÍN BERNAL (*La estipulación a favor de tercero*, Montecorvo, Madrid 1985, p. 194).

Aunque la falta de existencia parece que remite más bien al supuesto de un *concepturus* que de un *nasciturus* hay que entender que allí donde se admite como posible beneficiario un sujeto ni siquiera concebido, con mayor razón se ha de admitir el que ya ha sido concebido. Esta opinión es compartida por CARBALLO FIDALGO (*op. cit.*, p. 1704, nota 20), así como por MARTÍN BERNAL (*La estipulación...*, p. 194). De hecho, una doctrina minoritaria (representada por ROCA SASTRE, con la colaboración de PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho privado*, Volumen I-1, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, pp. 226-227), trata de reducir a los *nascituri* (en el momento de la estipulación o del cumplimiento de la condición que se establezca en su caso) la designación de terceros inexistentes, por considerar que se trata de una facultad demasiado amplia.

¹⁵⁵ . Según DíEZ-PICAZO (*Fundamentos I...*, p. 433), «necesita capacidad para adquirir derechos y capacidad general de obrar, en el momento de llevar a cabo la aceptación». Igualmente lo expresa junto a GULLÓN (*Sistema II...*, p. 87).

¹⁵⁶ . Si bien esta aceptación, en un principio sólo se puede producir tras el nacimiento del beneficiario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 Cc, se podría plantear en fase prenatal. Dado que se trata de una estipulación *a favor de tercero*, por la cual se le atribuye al beneficiario un derecho, y dado que su carácter es en este caso concreto similar al de una donación, no se ven obstáculos para aplicar analógicamente al caso el artículo 627 Cc y permitir su aceptación por parte de los sujetos que le representarían, de haber nacido. De hecho, según señalan LACRUZ BERDEJO (*et al.*), tal aceptación podría ser interesante realizarla en dicho momento como medio para evitar una posible revocación de la estipulación (*Elementos II-I...*, p. 529).

¹⁵⁷ . Seguimos en este punto la teoría de los que consideran que el derecho establecido a favor del beneficiario surge del contrato concluido entre estipulante y promitente, como derecho actual, propio y directo a favor de tercero, si bien carece de firmeza, puesto que puede ser revocado hasta el momento de la aceptación, en que pierde su carácter claudicante. La aceptación, por tanto, es un requisito que influye en materia de facultad revocatoria del contrato por parte de estipulante y, en su caso, del promitente; pero que no se constituye como

el daño producido por la ejecución del contrato con anterioridad a la aceptación podrá ser reclamado por el niño-beneficiario desde que acepte, ya que era titular de tal derecho desde la conclusión del contrato¹⁵⁸.

Ahora bien, en todo caso habrá que entender que la designación y atribución del derecho al beneficiario se realiza de forma condicionada al nacimiento y a la adquisición de personalidad jurídica. Si dicho nacimiento no se produce, o no se cumplen los requisitos del artículo 30 Cc, la estipulación revierte en el estipulante, que se convierte en destinatario de la misma¹⁵⁹. Producido el nacimiento, sin embargo, se retrotrae el surgimiento de la personalidad jurídica, como máximo, al momento de la concepción. Así, cuando la estipulación se realice a favor de un *nasciturus*, se entenderá que éste fue titular del derecho desde su pacto entre estipulante y promitente, de manera que podrá reclamar por el incumplimiento de la prestación que, en su caso, hubiera realizado el médico.

5. En segundo lugar, el hecho de que el concebido y no nacido se encuentre unido al cuerpo de la madre, de la cual depende, no es obstáculo para su calificación de beneficiario, pues no impide que sea considerado a estos efectos tercero respecto de ella¹⁶⁰. No se trata

condición de adquisición por parte del beneficiario del derecho que dispone a su favor el contrato. En este sentido, CARBALLO FIDALGO (*op. cit.*, pp. 1706-1708) y Díez-PICAZO («Artículo 1257...», p. 436; *Fundamentos I...*, p. 437), así como ROCA SASTRE en colaboración con PUIG BRUTAU (*Volumen I-I*, pp. 223-224).

Frente a esta interpretación, tanto DE BUEN (*op. cit.*, pp. 228-229), como GITRAMA GONZÁLEZ (*op. cit.*, p. 338); LACRUZ BERDEJO, *et al.*, (*Elementos II-I...*, pp. 527-528); MARTÍN BERNAL (*La estipulación...*, pp. 329-332) o NART FERNÁNDEZ (*op. cit.*, p. 487), sostienen que la aceptación es condición suspensiva de adquisición del derecho. Según señala el primer autor citado, es imposible que la voluntad del estipulante y la del promitente tengan por sí solas fuerza bastante para crear un derecho a favor del tercero antes de su aceptación.

Como señala CARBALLO FIDALGO (*op. cit.*, p. 1708), la posición del Tribunal Supremo es ambigua, de manera que no es decisiva para ninguna de las dos corrientes.

¹⁵⁸ . Incluso se podría plantear que tal aceptación se realizase de forma tácita (CARBALLO FIDALGO, *op. cit.*, p. 1715; Díez-PICAZO, «Artículo 1257...», p. 436; *Fundamentos I...*, p. 438; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema II...*, p. 88 y LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos II-I...*, p. 528), precisamente a través del ejercicio de la acción para reclamar indemnización por el incumplimiento de la prestación por parte del médico.

¹⁵⁹ . De hecho, MARTÍN BERNAL (*La estipulación...*, p. 195), haciéndose eco de las opiniones de Vallet de Goytisolo, se cuestiona si en el caso de estipulación a favor de tercero inexistente, el beneficio se manifiesta como una expectativa o esperanza y si se trata de un verdadero derecho, ya que es dudosa la existencia de un verdadero derecho bajo una condición que sea a la vez suspensiva y negativa y rigurosamente del disponente. Pero si se trata de un derecho, aunque, como indica CARBALLO FIDALGO (*op. cit.*, pp. 1704-1705), condicionado a la adquisición de personalidad jurídica.

¹⁶⁰ . La doctrina requiere en el beneficiario su carácter de tercero frente a estipulante y promitente (Díez-PICAZO, *Fundamentos I...*, p. 433; MARTÍN BERNAL, *La estipulación...*, pp. 145-147). Tal exigencia viene determinada por la particular relación que establece este contrato entre los vinculados. El hecho de que el beneficiario no se obligue frente al promitente, sino que únicamente adquiera un derecho cuyo cumplimiento pueda exigirle es lo que determina la importancia de calificar de tercero o de parte a este sujeto. Respecto del concepto de tercero en estos contratos, ver COCA PAYERAS («Contrato...», p. 1639) o MARTÍN BERNAL (*La estipulación...*, p. 165-166).

sólo de que el estipulante puede ser el progenitor y no la progenitora, sino de que, como ya se ha mencionado, la madre y el niño son sujetos distintos.

Tampoco se trata en estos casos de que los progenitores estipulantes actúen «en nombre del niño» —supuesto de representación que llevaría a la calificación del niño como «parte», haciendo imposible un contrato a favor de tercero—, sino que actúan en su propio nombre y beneficio, tratando de disponer a favor del *nasciturus* un derecho. De ahí que se mantenga la posible calificación de éste como tercero.

6. El tercer problema deriva de la pretensión de que se desarrolle la prestación del profesional sanitario mientras dicho sujeto carece de capacidad jurídica. No se trata de que no sea posible la realización de una prestación sanitaria respecto de un *concepturus* o un *nasciturus* (pues la ciencia médica lo permite¹⁶¹), lo que es dudoso es que se lleve a cabo una prestación cuando la adquisición de la titularidad de la obligación de la cual surge tal prestación está condicionada a que se constate el nacimiento del beneficiario, pues cabe plantearse qué sentido tiene desarrollar una prestación en beneficio de un tercero que puede que nunca llegue a existir.

Si la cuestión se plantea en general, nada obsta, en principio, a que la prestación pactada a raíz del contrato en beneficio de tercero comience a ejecutarse desde el momento en que se concluye el contrato; e incluso se puede plantear que dicha prestación se realice de forma completa con anterioridad a la aceptación por parte del beneficiario, de manera que ya habrá sido cumplida o incumplida en el momento de la aceptación. Dado que la aceptación no tiene el valor de integrar el derecho en el patrimonio del tercero —puesto que dicha integración se produjo desde el momento de la celebración del contrato—, aunque el tercero no haya aceptado aún, es posible que se esté desarrollando en su favor una prestación¹⁶². Sin embargo, en el caso concreto del arrendamiento de servicios médicos parece

¹⁶¹ . El embrión o feto, médicamente hablando, puede ser objeto de tratamientos y manipulaciones tendentes a la mejora de su salud (cirugía prenatal, tratamientos *in utero*). Por lo que respecta a los no concebidos, la ciencia médica conoce los efectos de determinadas actuaciones y de determinados agentes sobre la descendencia futura, de manera que la evitación o prevención de los efectos dañinos frente a los no concebidos es imaginable médicamente hablando. Por ello, la ejecución de una prestación sanitaria anterior a la existencia de un tercero que persiga el beneficio de éste es médicamente posible.

¹⁶² . LACRUZ BERDEJO, *et al.* (*Elementos II-1...*, pp. 526-527), citan ejemplos de contratos a favor de tercero en los que es posible una realización de la prestación anterior a la aceptación. Piénsese, por ejemplo, en el transporte pagado de cosa a entregar a tercero, un contrato de obra en el que el dueño estipula con el contratista la entrega de la obra a un tercero, o la constitución de una servidumbre personal a favor de tercero.

En contra de esto, sin embargo, se establece la posibilidad de renuncia que reconocen al tercero ROCA SASTRE en colaboración con PUIG BRUTAU (*Volumen I-1*, p. 230). Si, como sostienen estos autores, «nadie

que este desarrollo anterior a la aceptación no es posible, en la medida en que la mayoría de tales servicios implican una intromisión en la integridad física de las personas, lo cual requiere su consentimiento para ello (consentimiento que, de prestarse, debería entenderse como aceptación tácita del beneficio)¹⁶³.

Ahora bien, esta afirmación debe ser matizada en el contexto de las acciones de *wrongful life*, en tanto que en el supuesto que aquí se está planteando no es posible recabar el consentimiento del sujeto que se va a someter a la prestación médica, pues carece de él (son los progenitores quienes deciden por él, pues así debe entenderse por analogía con el artículo 627 Cc). Por otra parte, es dudoso que la ausencia de consentimiento lesione en estos casos la integridad física o la autodeterminación del «paciente»¹⁶⁴. Por tanto, el obstáculo general al inicio de una prestación de servicios médicos anterior a la aceptación no parece jugar aquí. Subsiste, eso sí, la cuestión propia de estas acciones respecto del interés que puede tener ejecutar una prestación previamente al nacimiento, cuando es éste el que condiciona la adquisición del derecho estipulado a favor del beneficiario.

7. Finalmente, las dificultades derivan del ámbito legal y, en concreto, de los límites a la autonomía de la voluntad establecidos en el artículo 1255 Cc. Aunque las partes implicadas llegaran a acordar el tipo de estipulación que aquí se contempla, esto no sería suficiente para declarar su validez, si la misma vulnera la ley, la moral o el orden público:

está obligado a adquirir contra su voluntad», la posibilidad de que la ejecución de la prestación se realice anteriormente a la aceptación iría en contra de tal facultad.

¹⁶³. De hecho, algunos autores (como CARBALLO FIDALGO, *op. cit.*, p. 1699, con cita de González Pacanowska y Leite de Campos) excluyen del ámbito del contrato en beneficio de tercero los de naturaleza personal, sin duda por el hecho de que se impone con ello una prestación al tercero que afecta a su esfera personal. Sin embargo, esta exclusión no está del todo justificada desde el momento en que la decisión final sobre la consolidación del derecho queda del lado del beneficiario, quien no sólo puede aceptar el beneficio dispuesto a su favor, sino que también puede renunciar a él (CARBALLO FIDALGO, *op. cit.*, p. 1715 y LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos II-1...*, p. 529).

¹⁶⁴. Ni el *nasciturus* ni el *concepturus* son titulares del derecho a la integridad física ni de otros derechos (SSTC 53/1985; 212/1996 y 116/1999. De hecho, en esta última declara (FJ 5): «los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 CE, lo que, sin embargo, no significa que resulten privados de toda protección constitucional»), derecho del cual —junto con el derecho a la intimidad— parte la exigencia de la concurrencia de un consentimiento del paciente para legitimar la actuación sobre el mismo por parte del médico o profesional sanitario en general.

Esto no significa que no se le pueda producir un daño a la integridad física en la fase prenatal, pues, como bien jurídicamente protegido, los ataques a su integridad se encuentran penados por los artículos 157 y 158 Cp. Lo que significa es que el consentimiento lo prestan los progenitores, ya que durante la fase prenatal carecen de tal consentimiento.

- La ley puede actuar como límite de este pacto si se parte de que el contrato a favor de tercero es una figura excepcional –puesto que contradice el principio imperante en nuestro ordenamiento de la relatividad de los contratos–, que únicamente se permite en los casos especialmente previstos por la ley¹⁶⁵. Así, en ausencia de previsión legal expresa, no es posible establecer este tipo contractual en el ámbito del arrendamiento de servicios.

Sin embargo, el presupuesto de este argumento no es correcto: no hay obstáculo en la actualidad para interpretar la materia relativa al contrato a favor de tercero en clave de generalidad¹⁶⁶. Y, por ello, no hay obstáculo para admitirla en el arrendamiento de servicios, aunque no se haya planteado frecuentemente¹⁶⁷.

- Por lo que respecta a la moral y al orden público, el obstáculo al que se enfrentan este tipo de prestaciones a favor del *nāsciturus* o del *concepturus* radica en el hecho de definir en qué consiste la prestación del promitente (profesional sanitario) en el marco de un contrato que puede llevar a la detección de defectos o malformaciones. O, dicho de otra forma, cuál es la prestación cuyo cumplimiento puede ser exigido por el beneficiario (el niño). Si la respuesta que se da a este interrogante es que esta prestación consiste en la interrupción de la vida enferma, la moral o contrariedad al orden público de este pacto sería, al menos, cuestionable. Sin embargo, no es esto lo que se plantea, puesto que no es el médico el que tiene el poder de decidir sobre la concepción, la vida o la muerte del niño, sino sus progenitores, dentro de los límites fijados por la ley.

Por ello, ha de entenderse que el deber del profesional sanitario frente al niño en una prestación pactada a su favor es detectar el problema, averiguar si es posible su curación y, en caso negativo, comunicarlo a los sujetos que tienen en su poder la decisión de actuar ante tales situaciones (en nuestro caso, la madre). Esto no puede ser considerado ni amoral ni contrario al orden público, puesto que tal calificativo implicaría considerar la libre procreación y el aborto como tales, siendo ambos aceptados en el ordenamiento, aunque sea con ciertos límites.

No obstante, sí es en cierto modo paradójico que se califique de contrato *a favor* de tercero uno en el cual la prestación que reclama el beneficiario tiene un elemento (la deci-

¹⁶⁵ . Esta polémica sobre la generalidad o excepcionalidad de la figura del contrato a favor de tercero viene reflejada por Díez-PICAZO (*Fundamentos I...*, pp. 432-433).

¹⁶⁶ . Díez-PICAZO (*Fundamentos I...*, p. 433), que invoca en su apoyo la moderna doctrina y jurisprudencia.

sión acerca de la procreación o de la interrupción del embarazo) que no contempla su propio interés, sino el de los progenitores (estipulantes), por lo que surge aquí una duda similar a la que se veía en materia de celebración de un contrato en nombre del niño¹⁶⁸.

8. A la vista de las objeciones planteadas hasta el momento, resulta patente que cuando el legislador estableció el contrato en beneficio de tercero no estaba pensando en un supuesto en el que el beneficiario carezca de capacidad jurídica y en el que se pretende el desarrollo de una prestación de tipo personal desde el momento de la conclusión del contrato; prestación cuyo contenido pueda tener efectos negativos para el beneficiario. La admisión de cada una de estas objeciones plantea mayores o menores dudas, que suponen en ciertos casos una cierta reinterpretación y desfiguración del contrato a favor de tercero.

La cuestión reside, pues, en si es razonable realizar tal reinterpretación para lograr el objetivo que se persigue —atribuir al niño la posibilidad de reclamar en vía contractual el supuesto de las acciones de *wrongful life*—, o si es preferible dejar en manos del legislador la regulación de un tipo contractual que se adecue a estas situaciones. Esta segunda solución es la que nos parece la más adecuada, si bien hay que señalar que, aunque se aceptase la primera, difícilmente se produciría en la práctica, ante las probables objeciones de los profesionales sanitarios de someterse a este régimen más gravoso de responsabilidad por la cual responden ante dos acreedores en vez de ante uno solo.

3.2.3. La gestión de negocios ajenos sin mandato o *negotiorum gestio*

1. A medio camino entre los dos grandes supuestos examinados —conclusión de un contrato por el niño o en su nombre y conclusión de un contrato del que el niño no es parte inicial— se halla esta otra figura englobada dentro de los llamados cuasicontratos. Se trata de la situación que se produce cuando una persona toma en su mano espontáneamente, y

¹⁶⁷ . De hecho, LACRUZ BERDEJO (*et al.*), citan como ejemplo de estos contratos el contrato de obra o el de asistencia médica (*Elementos II-1...*, p. 527).

¹⁶⁸ . La idea del beneficio del tercero queda en cierto modo contradicha por el hecho de que el Ordenamiento, al establecer el aborto y la libertad de procreación como facultades de las cuales son titulares los progenitores, no está pensando en el interés de las futuras generaciones, sino en el de éstos exclusivamente. Aunque se afirme que lo que redunde en interés del niño y lo que se constituye en su favor es el correcto examen, tratamiento o cuidado que reciba antes o después de la concepción (lo cual no sólo supone señalar lo bueno, sino también lo malo, como en cualquier otro tratamiento), la decisión ejercitada por los progenitores sin tener que atender al interés del niño parece chocar con la idea del beneficio del tercero, con lo que este tipo de contrato encajaría con dificultades en el supuesto aquí planteado. Se trata, pues, de un problema similar a lo que ya se indicó anteriormente, respecto del efecto «favorable» de este tipo de contratos.

sin obligación ni facultad específica alguna, los negocios de otra y realiza para ella los actos que cree útiles¹⁶⁹.

Aplicado al contexto de las acciones de *wrongful life*, el caso sería el siguiente: el progenitor o los progenitores de un niño no nacido, o la pareja que planea concebir un descendiente (gestores), en gestión de los intereses de éste (*dominus*), concluiría un contrato con un profesional sanitario (tercero) –por el cual éste se obligase a realizar ciertas labores de diagnóstico preconcepcivo o prenatal, o de control de la salud del embrión o feto– con la intención de proporcionarle una utilidad al *dominus* (no, por tanto, en beneficio propio).

2. De este contrato, además de determinadas obligaciones para el *dominus* (artículos 1892 y 1893 Cc), deriva una vinculación directa de éste con el tercero, vinculación respecto de la que pudiera llegar a mantenerse su carácter contractual en las condiciones de los artículos 1892 y 1893 Cc, en la medida en que el gestor hubiera celebrado un contrato con el tercero en nombre del *dominus* y no en nombre propio¹⁷⁰. En todo caso, la aplicación de esta figura presenta por sí misma dificultades y problemas:

3. En primer lugar, del tenor literal del artículo 1888 Cc parece deducirse la necesidad de que el *dominus* sea una persona, en el sentido jurídico de la expresión. La referencia a los negocios de «otro» y a la ausencia de un «mandato de éste» hacen presuponer que la figura está pensando en situaciones en las que se ven involucrados los asuntos de un sujeto al cual el Ordenamiento ya le ha atribuido personalidad. Siendo esto así, la cuestión es si es posible aplicar la figura de gestión de los negocios ajenos sin mandato al caso de que el «otro» sea un *nasciturus* o, incluso, un *concepturus*.

¹⁶⁹ . LACRUZ BERDEJO («La gestión de negocios sin mandato», *RCDI*, 1975, p. 245).

¹⁷⁰ . Lo usual en la práctica es que el gestor actúe frente al tercero como representante del *dominus*, pero también se contempla la posibilidad de que actúe en nombre propio. La *contemplatio domini* tiene trascendencia respecto a la relación del gestor con el tercero y, correspondientemente, de éste con el *dominus negotii*. Como indican LACRUZ BERDEJO (*et al.*), en aquellos casos en los que el gestor actúe en su propio nombre quedará siempre vinculado con el tercero, a pesar de que el contrato se ratifique (*Elementos II-2...*, p. 422 y LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 267). Las consecuencias, pues, serán semejantes a las del mandato sin representación (*Elementos II-2...*, p. 417 y LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 249). Como indican Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema II...*, p. 519), el tercero no queda vinculado con el *dominus*, ya que la relación se establece directamente con el gestor, por lo que sólo dispone de acciones frente a éste. En estos casos, el *dominus negotii* sólo se aprovecha de los resultados de esta gestión, pero no se vincula en la obligación pactada.

En cambio, cuando actúe en nombre del *dominus*, sólo quedará vinculado el gestor en tanto que no se trate de uno de los supuestos de los artículos 1892 y 1893 Cc (supuesto en que, correspondientemente, el *dominus* no queda vinculado, como remarca ROCA SASTRE, en colaboración con PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho privado*, Volumen I-2, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, p. 464). Si tales circunstancias concurren, en cambio, será el *dominus* quien se vincule con el tercero, en las mismas condiciones en que lo había acordado éste con el gestor. Por tanto, si el gestor contrató, asume su posición contractual.

El presupuesto del que se parte (existencia de un negocio del que sea titular el *dominus* y posible actuación del gestor por cuenta de éste) induce a pensar que esta figura requiere un *dominus* dotado de personalidad: los sujetos que carecen de personalidad jurídica no son titulares de derechos y, por tanto, de ningún tipo de negocio. Sin embargo, tal concepción supone entender la palabra «negocio» en un sentido demasiado estricto. La interpretación doctrinal y jurisprudencial entiende el término negocio en un sentido amplio – como «interés»–, lo cual engloba tanto los actos jurídicos, como los puramente económicos y aun los simplemente materiales¹⁷¹.

Desde este punto de vista, la perspectiva cambia, puesto que es posible identificar un interés de los sujetos aún no concebidos o no nacidos (v.gr., la preservación de su salud o la constatación de su estado) que puede ser gestionado. Por ello, la falta de personalidad de estos sujetos no contradice en este sentido la esencia de la gestión de negocios ajenos.

4. Tampoco es obstáculo la prohibición del uso de la gestión de negocios ajenos en relación a negocios personalísimos¹⁷². Desde el punto de vista del paciente (que es la posición contractual respecto de la que se plantea la *negotiorum gestio*), el contrato no es personalísimo, aunque requiere de su consentimiento para poder ser realizado. Ahora bien, esta exigencia de consentimiento no parece operar, como ya se vio, en el caso de los no concebidos o de los no nacidos, ya que no son titulares ni del derecho a la integridad ni de la intimidad, de los que tal consentimiento deriva.

5. Otra dificultad a la hora de aplicar esta figura reside en que la esencia de la gestión de negocios ajenos se encuentra en el hecho de que el gestor no actúa en su propio interés, sino en interés ajeno¹⁷³, lo que lleva a cuestionarse si existe o no en este ámbito una

¹⁷¹ . Son palabras de la STS de 16 de octubre de 1978. La doctrina, por su parte, mantiene la misma interpretación. Así, por ejemplo, Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema II...*, p. 518); LACRUZ BERDEJO, *et al.* (*Elementos II-2...*, pp. 416 y 417); LACRUZ BERDEJO (*op. cit.*, pp. 248-249) y ROCA SASTRE en colaboración con PUIG BRUTAU (*Vol. I-2*, p. 457). Señalan en concreto estos últimos autores que «no ha de tratarse únicamente de la hipótesis clásica de los actos de administración, sino que también pueden dar lugar a la gestión de negocios ajenos toda clase de actos jurídicos y aún de actos materiales».

Por otra parte, tal interpretación viene reforzada por la exigencia implícita de que la actuación del gestor redunde en la utilidad del *dominus* (como exigen LACRUZ BERDEJO (*et al.*), *Elementos II-2...*, p. 418; LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 250 y ROCA SASTRE en colaboración con PUIG BRUTAU, *Vol. I-2*, p. 459), en la medida en que tal utilidad se interprete ampliamente como «interés».

¹⁷² . Esta excepción a la *negotiorum gestio* es aceptada por LACRUZ BERDEJO (*op. cit.*, p. 249) y por ROCA SASTRE con la colaboración de PUIG BRUTAU (*Vol. I-2*, p. 457).

¹⁷³ . Este factor altruista es el denominado *animus aliena negotia gerendi*, que forma parte esencial de la gestión de negocios ajenos sin mandato (LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pp. 256-257 y ROCA SASTRE con la colaboración de PUIG BRUTAU, *Vol. I-2*, p. 458). Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema II...*, p. 517), sin embargo, señalan

representación del *dominus*. La cuestión es importante, pues ha de ponerse en relación con lo dicho anteriormente respecto de la representación del *nasciturus* y del *concepturus*¹⁷⁴.

El punto de partida es que el gestor lleva a cabo una actuación por cuenta de otro, aunque éste no le haya autorizado para ello, ni expresa, ni tácitamente¹⁷⁵. Así, cuando se habla de gestión de negocios ajenos «sin mandato», esta referencia debe ser entendida en un sentido estricto, como relativa al contrato que con tal nombre regula el Código civil (artículos 1709 y siguientes Cc): el *dominus negotii* no ha encargado al gestor expresa o tácitamente que se ocupe de sus asuntos. Pero a la vez, esto excluye que se pueda hablar de una representación, al menos voluntaria. El gestor actúa «en utilidad» del *dominus*, pero éste no le ha conferido representación alguna para ello¹⁷⁶.

Por otra parte, tampoco parece que la ley haya atribuido al gestor la representación de los intereses del *dominus*. Más bien lo que se buscaba a través de esta figura era dar solución al problema que suponía la ausencia de una representación voluntaria, tratando de conjugar a la vez la protección de una actuación de benevolencia, altruismo o filantropía, junto con la salvaguarda de la esfera jurídica individual, e igualmente, junto con la protección del tráfico y de los intereses del tercero que ha contratado con el gestor. Por ello, la ley, más que atribuir una representación genérica a cualquier sujeto que pretenda actuar en utilidad de otro, lo que hace es confirmar los efectos de tal actuación o, dicho de otra forma, dotarla de efectos en los casos expresamente señalados en los artículos 1892 y 1893 Cc¹⁷⁷.

que la exigencia de una actuación en interés y por cuenta ajena no excluye la concurrencia de un interés propio del gestor, siempre y cuando el gestor no posponga el interés del *dominus* al suyo propio. No está prohibida, pues, la concurrencia de intereses. Y tampoco significa que el gestor haya de actuar con *animus donandi* (LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos II-2...*, p. 419).

¹⁷⁴. A pesar de que afirma ALBALADEJO GARCÍA (*op. cit.*, p. 1596), en relación al artículo 627 Cc, que es inútil discutir si el caso es de verdadera representación o si funciona como si lo fuera (ya que lo que importa son los efectos que se otorgue), en este caso sí tiene trascendencia la afirmación doctrinal anteriormente recogida que negaba que se tratara de una verdadera representación, al menos con carácter general.

¹⁷⁵. Como expone LACRUZ BERDEJO (*et al.*), la *negotiorum gestio* presupone que el actuante carezca de mandato específico para la conducta que observa (*Elementos II-2...*, p. 418) y que la intervención no esté autorizada por alguna concreta disposición legal, judicial o administrativa (LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 252). Igualmente, ROCA SASTRE con la colaboración de PUIG BRUTAU (*Vol. I-2*, p. 456).

¹⁷⁶. Como claramente indica el artículo 1259 Cc, para que un sujeto contrate o actúe en nombre de otro es necesario que éste le haya autorizado o que la ley le otorgue tal representación. En ausencia de tal autorización legal o del representado, no se ejercita representación alguna, por lo que es el sujeto que contrata el que queda directamente vinculado, salvo que el falso representado ratifique tal actuación (artículo 1727 Cc).

¹⁷⁷. De no dotarse de efectos esta actuación, ésta quedaría sometida a la regulación general de los supuestos de falta de representación, con lo cual carecería el gestor de derecho al reembolso de los gastos realizados y asumiría por sí mismo toda la responsabilidad por el negocio celebrado. Como indican Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema II...*, p. 517); GITRAMA GONZÁLEZ (*op. cit.*, p. 335 nota 29) y LACRUZ BERDEJO (*op. cit.*, p. 247), en nuestro Ordenamiento la regla general no es que se pueda lícitamente gestionar cualesquiera nego-

En conclusión, la representación no es un elemento esencial de la gestión de negocios ajenos sin mandato, pese a que se diga que el gestor actúa en interés del *dominus*¹⁷⁸.

6. Un requisito que viene implícito en la figura de la *negotiorum gestio* es la inmisión del gestor en la esfera ajena, que requiere la existencia de una intrusión del gestor en bienes ajenos, de manera que los bienes o el acervo de derechos y obligaciones del *dominus* experimenten alguna variación actual¹⁷⁹. Ahora bien, dado que tanto *nasciturus*, como el *concepturus* carecen en puridad de una esfera jurídica en la cual pueda inmiscuirse otro sujeto (no son titulares de derechos ni de obligaciones, por lo que no es posible que a través de la actuación de otro sujeto se vea afectado algún derecho subjetivo del que sean titulares), es difícil que en relación con los mismos se pueda producir este efecto de la gestión de negocios ajenos.

Dicho esto, no obstante, debe tenerse en cuenta que la actuación médica que aquí se plantea que sea acordada por parte de los progenitores, como gestores de los intereses del niño, tiene la mayor parte de las veces una incidencia directa en el físico del *nasciturus*, con lo que la gestión efectuada sin mandato afecta a su esfera personal. El *nasciturus*, que no es titular de un derecho a la integridad física, sí fue calificado por la STC 53/1985, de 11 de abril, como bien jurídicamente protegido. Esto implica una exigencia de protección de la esfera personal de este bien jurídico, reconociéndose de esta forma la inmisión en la esfera subjetiva de una actuación que se produzca sobre ella.

7. Mayores problemas plantea determinar si realmente la gestión de negocios ajenos sin mandato puede servir al fin aquí perseguido de establecimiento de un vínculo contractual entre el niño y el profesional sanitario. Para establecer esta vinculación entre el *dominus negotii* y lo actuado por el gestor el Código civil establece dos posibilidades: la regla es que dicha vinculación se produce a través de la ratificación del *dominus negotii* (artículo 1892 Cc); la excepción es que tal vinculación se produce de forma inmediata cuando éste se

cios, asuntos u obras no personalísimos de otro, invadiendo su esfera jurídica sin su consentimiento. Sólo a través del 1888 y siguientes Cc se altera esta regla porque el legislador lo ha querido así expresamente.

¹⁷⁸. Frente a ello, ALONSO PÉREZ, M.^a T. (*op. cit.*, pp. 202-203) afirma que en estos casos existe representación, pues se trata de la realización de un acto jurídico para otro. Cuando el gestor actúa frente a terceros en nombre del *dominus* es claro según el autor el efecto representativo directo. Sin embargo, tal efecto se establece para dotar a dicha actuación de efectos jurídicos, efectos que pueden ser también reconocidos *a posteriori*, como aquí se propone.

¹⁷⁹. LACRUZ BERDEJO (*op. cit.*, p. 251). El autor rechaza en concreto la posibilidad de aplicar este cuasicontrato al supuesto de un contrato aislado, celebrado con tercero a nombre y por cuenta de un supuesto mandante con cuya autorización no se cuenta.

aproveche de la actuación del gestor o la gestión buscase evitar un perjuicio evidente y manifiesto (artículo 1893 Cc). Lo importante, sin embargo, no es cómo se produce tal vinculación, sino desde cuándo se considera que se haya vinculado al *dominus* con el tercero con el cual contrató el gestor en el caso que aquí se plantea.

- Por lo que respecta al caso de la ratificación, según LACRUZ BERDEJO (*et al.*)¹⁸⁰, los efectos se producen *ex nunc*, de manera que hasta la misma no hay vinculación con el tercero por la cual pueda reclamar responsabilidad en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Esto obstaculiza la utilidad de la figura de la *negotiorum gestio* pues habría que afirmar que tal ratificación se produjo antes del comportamiento dañoso para que el daño de él derivado pudiera ser reclamado frente al tercero a través de este vínculo.

- Por lo que respecta a la vinculación del *dominus* por la vía del artículo 1893 Cc, ésta se produce desde la actuación del gestor. Ahora bien, el encaje de este hipotético contrato celebrado entre el progenitor o los progenitores y el facultativo, por el cual se pacta un examen, cuidado o diagnóstico de la descendencia concebida o por concebir, dentro de los supuestos del citado precepto, es difícil. No sólo se ha indicado ya repetidas veces la dificultad de calificar de favorable (o, en este caso, de aprovechamiento por parte del niño) el contenido de un contrato como el que aquí se plantea¹⁸¹, sino que tampoco es fácil calificar en todo caso como «inminente» y «manifiesto» al peligro que amenaza al niño.

8. Finalmente, al igual que se veía en el caso del contrato a favor de tercero, el supuesto que aquí se está planteando presenta el obstáculo que supone pretender la realiza-

¹⁸⁰. *Elementos II-2...*, p. 419. Igualmente, LACRUZ BERDEJO (*op. cit.*, p. 258).

¹⁸¹. Existe un cierto debate doctrinal respecto a si el concepto de aprovechamiento implica o no una ventaja o utilidad en el resultado de la gestión. LACRUZ BERDEJO («La gestión...», p. 259) se inclina por la necesidad de ventaja o provecho, pues tal es la conclusión a la que se llega por una interpretación del artículo 1893 Cc en sus dos párrafos. En tanto que el segundo párrafo excluye la necesidad de provecho para que se aplique la vinculación directa, se entiende *sensu contrario* que el primer párrafo lo requiere. La misma opinión parece encontrarse en ROCA SASTRE, con la colaboración de PUIG BRUTAU (*Vol. I-2*, p. 460), al establecer que «es preciso el requisito de que se produzca un resultado útil, ventajoso, provechoso».

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema II...*, p. 519), en cambio, sostienen que una cosa es exigir que se aproveche del resultado (en el sentido de que el *dominus* tome lo que resulte de la gestión, aunque haya partidas negativas) y otra cosa es una gestión provechosa (que es la que deja un activo). Esta parece ser la opinión más acertada, puesto que lo contrario supondría una exigencia excesiva al gestor, al requerir la aplicación de la figura de la *negotiorum gestio* —y con ello la posibilidad para éste de reclamar los gastos efectuados en la gestión— que el resultado de la misma hubiera sido positivo. En tanto que el espíritu de esta figura es que el gestor realiza una acción en *absentia domini* y que se trata de una acción que es presumible que el *dominus negotii* hubiera realizado de conocer de la misma, no se ve por qué beneficiar a este sujeto por el hecho de no haber llevado a cabo personalmente la prestación.

ción de una prestación por parte del facultativo en un momento en el que su posible vinculación con el paciente se encuentra en estado de pendencia.

No obstante, este obstáculo es aquí menor ya que en el ámbito de la gestión de negocios, al actuar el gestor de negocios ajenos sin mandato y sin representación, es él mismo el que queda vinculado con el facultativo y responde frente a éste, sin perjuicio de que, en caso de que hubiera actuado en nombre del *dominus negotii* —y de cumplirse los presupuestos de los artículos 1892 o 1893 Cc—, se desvincule con posterioridad para quedar únicamente vinculado el *dominus negotii*. Por ello, en caso de que no se produjera el nacimiento del *dominus negotii*, la relación se mantendría entre gestor y tercero, respondiendo este primero frente al segundo en caso de incumplimiento.

9. La conclusión de todo esto es que se podría quizá llegar a encajar el supuesto aquí planteado en el ámbito de la gestión de negocios ajenos sin mandato, aunque esta aplicación está bastante forzada en algunos aspectos, por lo que parece más prudente rechazarla.

CAPÍTULO III

LA CULPA Y OTROS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Para comenzar con el estudio de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, es necesario partir de la descripción de los comportamientos y eventos que pueden llevar a las situaciones por las cuales se reclama responsabilidad a través de tales acciones. Se trata de ver no sólo cuáles son éstos sino, principalmente, quién se hace cargo de ellos (si es que es posible establecer uno o varios sujetos a quienes imputárselos).

De ahí que este capítulo se dedique a la imputación de la responsabilidad –concepto que no hay que confundir con el de imputabilidad¹– y de ahí que se trate en él de forma conjunta no sólo la idea tradicional de la culpa o negligencia, sino también la imputación de responsabilidad a través de otros criterios (básicamente, la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por hecho ajeno), en la medida en que puedan tener utilidad en el supuesto aquí planteado de actuación de un profesional sanitario que emite un diagnóstico cuyo contenido refleja un falso negativo.

2. Aunque fuera quizá más apropiado estudiar este elemento de la responsabilidad tras el análisis del daño y de la relación de causalidad, en este caso se ha preferido comenzar por él, porque resulta más útil en la sistemática de este estudio². Concretamente, a tra-

¹. En el derecho francés se distingue la atribución del daño a un sujeto (*lien de rattachement*) de la idea de la imputabilidad (*imputabilité*), que se remite más bien a la posibilidad de calificar de culpable el comportamiento del agente. El sentido que aquí se da al término «imputación subjetiva», como atribución de la responsabilidad a un determinado sujeto, engloba, por tanto, el *lien de rattachement* francés. La imputación subjetiva del daño es la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño por la relación que guarda con éste o con su causante. Por su parte, YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, pp. 10 y 287) prefiere referirse a esta idea como «factores de atribución».

². Hay que señalar, en concreto, que diversos autores destacan cómo el estudio sobre la culpa (como criterio de imputación al que generalmente se refieren) ha de ser posterior al de la relación de causalidad, pues es más adecuado desde el punto de vista de la lógica jurídica (tal es la opinión que sostienen CUEVILLAS MATOZZI, *op. cit.*, pp. 60-61; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *El régimen...*, pp. 221, 231, 248, 268 y 270 e YZQUIERDO TOLSADA, *Profesional liberal...*, pp. 324 y 333 y *Sistema...*, p. 217). Mas la opinión no es unánime: para DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Tratado...*, p. 780; «Artículo 1902...», p. 424), por ejemplo, se ha de partir de la culpabilidad como cuestión previa a la relación de causalidad, si bien también admite que tiene cierto sentido la solución contraria, llegando a la conclusión de que se trata de elementos muy relacionados (*Responsabilidad civil...*, pp. 130-133; idea que comparten PROSSER y KEATON, *op. cit.*, pp. 273-275, 281 y 298). Por ello,

vés de este capítulo se va a tratar de definir un poco más el presupuesto de las acciones aquí estudiadas y se va a tratar de identificar los eventos o los comportamientos respecto de los que posteriormente se deberá comprobar si existe o no un enlace causal con el daño que se estudiará en el siguiente capítulo.

Consideramos más práctico discriminar del conjunto de las causas concurrentes aquéllas que ya se han definido inicialmente como imputables a un determinado sujeto, sin perjuicio de que admitamos que no es suficiente con esta imputación para predicar la responsabilidad de un sujeto, sino que se ha de apreciar igualmente una relación de causalidad —al margen de la calificación del comportamiento examinado—, así como un daño. Como ya se dijo, todos los requisitos de la responsabilidad son igualmente necesarios³; de ahí que con tal idea en mente, la inversión del orden en su estudio no sea trascendente.

3. Ha de advertirse, no obstante que así como los elementos del daño y de la relación de causalidad son muy problemáticos para su constatación en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, en el marco de las acciones aquí estudiadas la cuestión de la imputación subjetiva no suele plantear problemas: se suele dar por supuesto que el daño procede de un comportamiento del profesional sanitario (generalmente un médico) del cual se reclama la responsabilidad, o que se le puede atribuir a aquel sujeto que debe responder por él. Es más, se suele partir de que se trata de un comportamiento culpable, pues tal es la regla general en la mayor parte de los supuestos de responsabilidad aquí vistos⁴.

quizá hay que prestar atención a DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ (*El régimen...*, p. 270), cuando recuerda que la cuestión no tiene trascendencia práctica, sino únicamente teórica.

³. Por ello, no es aceptable que se proceda, como dice FERRANDO («Nascita...», p. 222), a suplir las deficiencias del nexo de causalidad con la culpa. Tal proceder, de hecho, es relativamente frecuente entre la jurisprudencia, como pone de relieve DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Responsabilidad civil...*, pp. 134 y siguientes).

⁴. Así lo pone de relieve, entre nuestros autores, CECCHINI ROSELL (*op. cit.*, p. 186); pero ha sido también enunciado en el país de origen de estas acciones. Concretamente, declara BERENSON (*op. cit.*, p. 896): «the physician's ability to foresee a defective birth plays a pivotal role both in establishing the duty requirement and causally linking the negligent conduct to the resulting injuries». Igualmente, en el caso *Harbeson v. Parke-Davis Inc* se estableció con claridad que la negligencia forma parte de la propia definición de *wrongful birth*; es la lesión del derecho de los padres lo que caracteriza estas acciones.

Esto no quiere decir que no se haya planteado en ningún momento la negación de la culpa como criterio para rechazar tales acciones. NOVELLINO («Responsabilidad...», p. 255), por ejemplo, trae a colación un argumento de Lener (relacionado realmente con las acciones de procreación irresponsable), que rechaza que concorra negligencia, ya que vale más la existencia que la inexistencia. Ahora bien, tal argumento —rechazado por NOVELLINO como inconsistente— no es realmente un argumento en contra de la culpa, sino de rechazo del daño resarcible (o, según si se distingue o no, de la antijuridicidad).

Por otra parte, si bien la culpa no suele mencionarse como causa de exclusión de estas acciones, en realidad se encuentra tras el rechazo de parte de ellas, aunque pretenda enmascarse en la ausencia de otros requisitos. Así, por ejemplo, la SAN de 8 de marzo de 2000 afirmaba la falta de un daño antijurídico, cuando en realidad lo que había negado era un comportamiento culpable; y la SAP de Cádiz de 17 de septiembre de

Este punto de partida no se va a discutir, pues ciertamente es el comportamiento negligente de un profesional sanitario el que se suele situar en el origen del falso negativo o de la omisión de información a los progenitores (de hecho, se puede afirmar que la idea de reclamar una responsabilidad en este contexto al profesional sanitario partió en un inicio de la constatación de que la actuación del mismo no había sido diligente). De lo que se va a tratar, en cambio, es de analizar en qué consiste dicho comportamiento negligente, así como de delimitar sus fronteras.

Pero, sobre todo, se va a dar un paso más allá respecto a la opinión tradicional y se va a analizar en la parte final de este capítulo las posibles excepciones a este principio general, a fin de buscar en qué supuestos puede concurrir la responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* al margen de un comportamiento negligente. No hay que olvidar que la culpa no es en la actualidad el único criterio de imputación subjetiva de la responsabilidad.

4. Antes de comenzar, no obstante, hay que advertir que este requisito de la responsabilidad se presenta de igual forma para las acciones de *wrongful birth* y para las de *wrongful life*. Esto es así porque es el mismo comportamiento negligente del profesional sanitario o el mismo evento el que se sitúa como presupuesto de ambas acciones⁵.

Aunque el daño reclamado en cada una de ellas es distinto —lo cual determina la diferencia entre ambas acciones—, las dos derivan de la misma fuente: un comportamiento o un evento a partir del cual se ofrece a los progenitores un diagnóstico que contiene un falso negativo que les impide conocer el estado de salud del *nasciturus* o los riesgos que amenazan a la concepción futura. Es este único comportamiento el que repercute a la vez sobre los progenitores y sobre el niño, dando lugar a las dos demandas de responsabilidad.

2. LA RESPONSABILIDAD POR HECHO PROPIO

1. A pesar de que con anterioridad se ha destacado cómo el desarrollo científico ha producido una especialización de las profesiones médicas, fenómeno que ha desembocado

2002 pretendía resolver como falta de daño y relación de causalidad lo que era en realidad falta de comportamiento negligente por parte del profesional demandado, ante la falta de indicios de riesgo en el embarazo.

⁵. Esto es puesto de relieve por diversos autores. Así, destacan BOPP, BOSTROM y MCKINNEY (*op. cit.*, p. 462: «the alleged negligence is the same») y COHEN (*op. cit.*, p. 222: «the infant's parents can recover from the

en la agrupación de los profesionales para la prestación de atención sanitaria al paciente, la responsabilidad por hecho propio sigue siendo la regla general incluso en el seno del trabajo en equipo⁶. Es el agente productor del daño quien responde por el daño causado.

2. Esta misma regla se ha de aplicar a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Respecto de ellas, aunque tradicionalmente se ha estudiado esta responsabilidad por hecho propio exclusivamente respecto del médico, hay que afirmar que no es el único sujeto que puede ser el causante del falso negativo⁷. El comportamiento que produce el diagnóstico erróneo o que deriva en una privación de información puede desarrollarse en cualquier momento del proceso de diagnóstico. En el contexto de una profesión en la que es ya común la intervención de diversos sujetos para la realización de un mismo acto médico, esto supone que se ha de contemplar la posibilidad de que intervengan en la causación del daño aquí reclamado tres tipos de sujetos:

- Profesionales sanitarios: aunque no todas las profesiones sanitarias se pueden ver involucradas en este tipo de acciones⁸, ciertamente son muchas las que pueden intervenir.

physician-defendant for wrongful birth for the same conduct for which the infant-plaintiff in a wrongful life case seeks to recover»).

⁶. Ver al respecto GIESEN (*International...*, p. 39) o MARTÍNEZ-CALCERRADA, *La responsabilidad...*, pp. 274 y 279). La excepción parece constituirla, en principio, la responsabilidad administrativa, en que, como ya se ha visto, no cabe la reclamación directa de responsabilidad al profesional. No obstante, el empleo de la acción de repetición de lo satisfecho por parte de la Administración remite a la responsabilidad por hecho propio.

⁷. De hecho, aunque no es frecuente, esta pluralidad en el lado pasivo de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* ha sido mencionada incidentalmente por algunos autores que, de todas formas, se limitan por lo general a enunciar otros posibles responsables (fundamentalmente los auxiliares y técnicos de laboratorio); pero sin entrar a analizar cómo en concreto se puede producir tal imputación. Tal es el caso, por ejemplo, de CAPRON (*op. cit.*, p. 621 nota 11, que, curiosamente, recoge la posible intervención en el consejo genético de clérigos o psicoterapeutas); DEWITT ROGERS (*op. cit.*, p. 713); MANNSDORFER (*op. cit.*, p. 95 nota 41); TEFF (*op. cit.*, p. 426) o TROTZIG (*op. cit.*, p. 22 nota 37 y p. 40).

Entre nuestros autores, la misma pauta se produce en el caso de DE ÁNGEL YAGÜEZ («Diagnósticos I...», pp. 106-107, nota 3; «La segunda...», p. 119, nota 3, que entiende que la mención del médico como autor del daño no es la expresión más rigurosa, desde el momento que pueden ser demandadas otras personas jurídicas o físicas, individualmente o en equipo, sean o no estrictamente profesionales de la medicina, v. gr. biólogos); EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, p. 89) o ROMEO CASABONA («Aspectos...», p. 154).

⁸. Hay que negar en concreto que pueda plantearse la reclamación de este tipo de responsabilidad respecto de ciertas profesiones que, *a priori*, pudieran parecer potenciales intervinientes. Entre ellas, hay que destacar, en primer lugar, a los Técnicos superiores de Radioterapia, cuya actividad se limita a aplicar un tratamiento prescrito por un facultativo, que es el que habrá de controlar el proceso y proporcionar la información relativa al mismo al paciente (artículo 2.1.1. del Anexo del RD 544/1995, de 7 de abril).

En segundo lugar, respecto de los Técnicos superiores en Salud ambiental, aunque su labor es la de «realizar las operaciones de inspección necesarias para identificar, controlar, evaluar y, en su caso, corregir, los factores de riesgo ambiental para la salud, desarrollando programas de educación y promoción de la salud de las personas y su interacción con el medio ambiente, bajo la supervisión correspondiente» (artículo 2.1.1. del Anexo del RD 540/1995, de 7 de abril), se trata de una labor no dirigida a un paciente concreto, sino a la población en general (no hay, pues, un deber de información individualizado).

Por un lado, en la mayor parte de los casos se verá involucrado un médico o facultativo⁹, pues es el sujeto competente para emitir un diagnóstico y, en general, para desarrollar todas las actuaciones médicas, por razón de su mayor cualificación (aunque la mayor parte de ellas las desarrolla en la práctica otro profesional especializado)¹⁰. En concreto, lo más normal es que se trate de un especialista en ginecología u obstetricia¹¹ o de un genetista¹²; pero cabe también la posibilidad —usualmente en el marco de un diagnóstico indirecto— de que pertenezca a otra especialidad, en la medida en que en el desarrollo de la misma puedan ser detectadas enfermedades susceptibles de ser transmitidas a la descendencia ya generada o indicios de riesgo para la descendencia futura¹³.

Finalmente, los licenciados y técnicos farmacéuticos de grado medio no proporcionan generalmente información sobre la descendencia futura (respectivamente, RD 1464/1990, de 26 de octubre; y RD 547/1995, de 7 de abril); afirmación que no se ve alterada por el reconocimiento de cierto grado de competencia de estos profesionales para llevar a cabo análisis sencillos (artículo 3 de la Orden de 17 de enero de 1980 sobre Funciones y servicios de las Oficinas de Farmacia; y 2.1.3 del Anexo del RD 547/1995, de 7 de abril), en tanto que es difícil que se trate de pruebas que se relacionen con el estado de la descendencia futura).

⁹. Excepcionalmente, la privación de información asociada al diagnóstico podrá ser únicamente imputable a otro profesional de menor cualificación. Tal es el caso de los Diplomados o Técnicos superiores en Nutrición humana y Dietética (respectivamente, RD 433/1998, de 20 de marzo y RD 536/1995, de 7 de abril). Desde el momento en que estos profesionales pueden conocer información importante sobre factores de riesgo respecto de la descendencia futura —ya que, como señalan GONZÁLEZ («Asistencia del embarazo. Cuidados prenatales», en *Tratado de obstetricia y ginecología*, Volumen I, Dirigido por J.A. Usandizaga Beguiristáin y P. de la Fuente Pérez, McGraw Hill Interamericana, Madrid 1997, p. 162) y DEWITT ROGERS (*op. cit.*, p. 715 nota 15), un factor de defectos en el desarrollo del niño son las deficiencias en la dieta materna—, podrá imputarse a su comportamiento el defecto de información.

¹⁰. La labor del facultativo, de hecho, queda reducida en la actualidad fundamentalmente al diagnóstico (especialmente, las fases previas de reconocimiento y prescripción de pruebas, así como la fase de elaboración del diagnóstico) y a la prescripción de tratamientos. Éstas son, además, funciones indelegables (ver al respecto, por ejemplo, el comentario al artículo 36.2 del Código de Ética y Deontología Médica del Departamento de Humanidades Biomédicas de la Universidad de Navarra <http://www.unav.es/humbiomedicas/>). No obstante, en la medida en que no cuente la asistencia de otros profesionales, el médico habrá de retomar las competencias que han sido asumidas por otros profesionales, siempre que, por su cualificación se pueda entender capacitado para ello.

¹¹. Se trata de una especialidad única, regulada de forma conjunta, sin perjuicio de que la obstetricia se desenvuelva principalmente en relación con el proceso de embarazo y parto y la ginecología con las patologías del aparato genital de la mujer (GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO, *op. cit.*, p. 248). Su especial relación con los problemas de la mujer, con el embarazo y con la reproducción en general es lo que determina que sea una de las especialidades más afectadas por las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Como señala USANDIZAGA BEGUIRISTÁIN (*op. cit.*, p. 579), la ginecología es, si no la más, una de las especialidades más afectadas por los problemas de la bioética, dado que es inevitable su relación con los procesos biológicos de comienzo de la existencia.

¹². Hay que advertir de que la genética no es aún una especialidad médica. De hecho, los genetistas proceden de diversas especialidades (GINECOLOGÍA, medicina interna, oncología, hematología, pediatría...), e incluso de otras profesiones (la biología generalmente, según ROMEO CASABONA; «Aspectos...», p. 155). Como pone de relieve EMALDI CIRIÓN, no existen cursos o programas que preparen al personal sanitario para ser especialista genético, ni normativa específica que regule esta profesión (*El consejo...*, pp. 160-161). Tal situación se presenta igualmente en Estados Unidos, como señalan ANDREWS (*op. cit.*, p. 162) y CAPRON (*op. cit.*, p. 622).

¹³. Las diversas especialidades médicas existentes se recogen en el Anexo del RD 127/1984, de 11 de enero, por el que se regula la formación médica especializada y la obtención del título de médico especialista; regu-

Por otro lado, es posible que el daño sea producido por un profesional de menor cualificación, en el desarrollo de labores de auxilio o asistencia al médico (caso de la enfermería¹⁴ y la documentación sanitaria¹⁵), o de complemento de la actividad de diagnóstico (caso de los Técnicos Superiores en Anatomía Patológica y Citología; en Laboratorio de Diagnóstico Clínico; y en Imagen para el Diagnóstico¹⁶).

Finalmente, también habrá que considerar la posibilidad de que el daño lo produzca un estudiante o un titulado en la fase de especialización, en cuyo caso habrá que adecuar a sus circunstancias las exigencias de un comportamiento acorde a la *lex artis*¹⁷.

- Profesionales no sanitarios que desarrollan su actividad en el marco de la sanidad. Su intervención —generalmente con labores de tipo administrativo, aunque depende del re-

lación que se complementa con el RD 220/1997, de 14 de febrero, sobre radiofísica hospitalaria y el RD 2490/1998, de 20 de noviembre, sobre psicólogo especialista en psicología clínica. Sobre la normativa relativa a las especialidades médicas, ver http://www.univ.mecd.es/Ciencias/legislacion_salud/normativa.html.

¹⁴. Se trata de los Diplomados universitarios en Enfermería (RD 1466/1990, de 26 de octubre) y los Técnicos de Formación Profesional de grado medio en cuidados auxiliares de enfermería (RD 546/1995, de 7 de abril). Igualmente, ha de tenerse en cuenta el RD 992/1987, de 3 de julio (sobre la obtención del Título de Enfermero especialista), y Orden de 24 de junio de 1998 (por la que se desarrolla), a partir de las cuales se establecen siete especialidades de enfermería, entre las que destaca especialmente —por su mayor incidencia en este ámbito— la de enfermería obstétrico-ginecológica (matronas).

Su intervención en el ámbito de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* se desarrollará especialmente respecto de las labores de examen que se les deleguen (por ejemplo, la elaboración de los antecedentes clínicos), de prueba (sea la realización, o el mantenimiento y control del instrumental) o de manejo y gestión de la consulta médica y de la documentación necesaria para la emisión o la comunicación del diagnóstico (artículo 52.1 del RD 1231/2001, de 8 de noviembre, por el que se aprueban los Estatutos generales de la Organización Colegial de Enfermería de España). La negligencia en estos casos, como veremos, no sólo residirá en la realización de la tarea en cuestión de forma contraria a la *lex artis*, sino también en la asunción de competencias para las que carecen de cualificación.

¹⁵. Los estudios de esta profesión y su ámbito de competencia se contienen en el Real Decreto 543/1995, de 7 de abril. Sus labores se centran en el tratamiento, archivo y control de la información sanitaria, facilitando con ello la labor del médico o facultativo que requiere de tal información para el desarrollo de su labor. De ahí también, como veremos, la posible incidencia de la actividad de estos profesionales en el ámbito estudiado: la pérdida de documentos o su codificación defectuosa son ejemplos de comportamientos que pueden llevar al resultado de un falso negativo.

¹⁶. Respectivamente, RD 538/1995, RD 539/1995 y RD 545/1995, todos ellos de 7 de abril.

¹⁷. De hecho, la jurisprudencia se muestra en general restrictiva a la hora de apreciar la responsabilidad de quien no ha completado su formación, motivo por el cual la responsabilidad se ha de restringir a los casos de errores claros, graves e individuales (FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, p. 288). De forma paralela, este autor señala que en los casos de los MIR, la responsabilidad debe quedar reducida a los supuestos de evidente negligencia personal (negligencia grave o culpa lata dice también) que se hubiera podido evitar aun sin experiencia. No obstante, tal restricción es excesiva, pues la cualificación de estos sujetos es ciertamente alta (sobre todo en los últimos años de la residencia).

parto del trabajo establecido allí donde desempeñen su labor— es excepcional, aunque puede incidir en el caso de las acciones aquí estudiadas¹⁸.

- Personas jurídicas: la intervención de personas jurídicas en el ámbito médico es un fenómeno frecuente en nuestros días —fundamentalmente, a través de entidades sanitarias propietarias de centros hospitalarios, aseguradoras médicas o sociedades profesionales¹⁹—, fenómeno que, además, incide en las acciones aquí estudiadas, en la medida en que el profesional sanitario cuyo comportamiento negligente produzca el falso negativo desarrolle su labor por cuenta ajena para una persona jurídica, o en la medida que el daño provenga de la actividad de la que ésta es titular.

Si bien tradicionalmente la responsabilidad de las personas jurídicas se ha apreciado a través de la responsabilidad por hecho ajeno, existe una tendencia creciente que aprecia la responsabilidad de estas personas por hecho propio²⁰. En estos casos no sólo se ha de in-

¹⁸. Piénsese, por ejemplo, en defectos en la organización de documentos, citaciones fuera del plazo adecuado o pérdida de documentos durante su traslado. Todas estas actuaciones pueden sentar la base sobre la cual se elabore un diagnóstico que no refleje el verdadero estado de salud de la descendencia futura.

¹⁹. No se ha incluido en esta enumeración el caso de las compañías aseguradoras de riesgo que, a través de la acción directa establecida por el artículo 76.1 LCS, se vean obligadas a satisfacer al paciente el pago de la responsabilidad civil en que incurre el profesional sanitario que tenía suscrito con ellas un seguro voluntario de responsabilidad civil. La intervención de estas personas jurídicas no se establece por la vía de la responsabilidad, sino por el juego del contrato de seguro, una vez producida la responsabilidad del asegurado (REGLERO CAMPOS, «El seguro de responsabilidad civil», en *Tratado de Responsabilidad civil*, Coordinado por L.F. Reglero Campos, Aranzadi, Elcano (Navarra) 2002, p. 668 e YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, p. 513). No se plantea, pues, una responsabilidad contractual o extracontractual de la compañía aseguradora, pues ni existe contrato con la víctima, ni la compañía produce el daño o ha de responder por los hechos del profesional sanitario, a guisa de dependiente.

El contrato de seguro actúa en este sentido como un contrato a favor de tercero por el que el asegurador ha de satisfacer a la víctima por la actuación del asegurado (así lo califica ROCA TRÍAS, *Derecho...*, p. 192, y así lo recoge también Díez-PICAZO, *Daños...*, p. 201). El mecanismo de esta reclamación es, pues, ajeno a la responsabilidad civil y por ello no corresponde estudiarlo aquí. Ver al respecto, por todos, REGLERO CAMPOS («El seguro...», pp. 666-671) o YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, pp. 514-537).

²⁰. En principio, la idea de una responsabilidad por hecho propio choca con el concepto de persona jurídica, que actúa a través de las personas físicas que la integran. En este sentido, Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema II...*, p. 556) se plantean lo siguiente: «El hecho productor del daño tiene que ser siempre el hecho de una persona física. La culpa —y lo mismo la culpa *in comittendo* que si es una culpa *in omittendo*— también tiene que ser de una persona física. ¿Puede hablarse entonces de “hecho propio” de la persona jurídica y de culpa de la persona jurídica?». Sin embargo, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (*op. cit.*, pp. 386-387) afirman que la imputación no se realiza sobre la base de la mera causación material del daño, sino que puede apoyarse en otras razones: «ya sea la propiedad de la cosa que ha producido el daño, la titularidad de la empresa en cuyo seno ha surgido el perjuicio, la dependencia en que respecto del sujeto responsable se encuentra el autor material del hecho lesivo, o cualquier otra».

Esta responsabilidad es diferente de la responsabilidad por hecho ajeno, como destacan especialmente Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema II...*, p. 557): «quizá cupiera, en materia de responsabilidad aquiliana, individualizar una responsabilidad directa de la persona jurídica cuando el hecho dañoso acaece dentro del círculo de su actividad y es realizada por las personas que ostentan la cualidad de órganos de tal persona jurídica. En cambio, si procede de cualquier otro representante voluntario dependiente o auxiliar, la responsabilidad aqui-

cluir la responsabilidad por los actos de los órganos de representación de la persona jurídica²¹, sino también la responsabilidad por daños producidos por «un conjunto de deficiencias asistenciales»²², supuesto este último al que se hará especial referencia posteriormente, pues puede ser una causa del supuesto de hecho de las acciones aquí estudiadas.

2.1. La culpa o negligencia como presupuesto general de imputación subjetiva en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*

1. Como se vio desde un principio, las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* se caracterizan porque el mal o enfermedad que afecta al niño nacido no proviene de la actuación del profesional sanitario cuya responsabilidad se reclama. Por el contrario, la actuación de éste consiste en no advertir a los progenitores de dicho mal con anterioridad a la concepción, o con anterioridad al transcurso del plazo fijado para la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo. Sea por omisión de la información, sea por comunicación de un diagnóstico erróneo, el comportamiento del profesional lleva a un falso negativo en tanto

liana de la persona jurídica es una responsabilidad indirecta o responsabilidad por hecho de otro»; pero también lo distinguen CAFFARENA LAPORTA («Artículo 38», en *Comentarios del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, p. 244) y SANTOS BRIZ (*Temas...*, p. 146).

²¹. Según estudia GÓMEZ CALLE («Los sujetos...», p. 421), el obstáculo que inicialmente representa el artículo 1902 en su exigencia de una voluntad y una conducta culpable fue superado a través del mecanismo de la representación orgánica: «Puesto que la persona jurídica actúa por medio de sus órganos de dirección y representación, lo que éstos quieren y hacen en su calidad de tales se reputa querido y hecho directamente por aquélla, que de ese modo queda obligada a responder por esos actos como propios ex art. 1902 Cc». De hecho, señala esta autora que con ello se da respuesta a casos que no podrían resolverse conforme al artículo 1903 Cc, puesto que el órgano que dirige la persona jurídica no es su dependiente ni su auxiliar (p. 422). Insistiendo en esta idea, señala DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Artículo 1903», en *Comentario del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pp. 2018-2019; «Artículo 1902...», p. 484) que «se entiende que los órganos de las personas jurídicas “quieren” por ellas, sin que esto signifique aplicación del artículo 1903 p.4, por cuanto estos órganos no son dependientes, sino instrumentos de actuación de la persona misma».

²². Ver al respecto, entre otras, las SSTs de 16 de diciembre de 1987, 4 de noviembre de 1992, 6 de octubre de 1994, 15 de octubre de 1996, 1 de julio de 1997 y 9 de diciembre de 1998. A través de ellas, se imputa la responsabilidad a los centros hospitalarios por defectos organizativos o falta de eficacia operativa; carencia o insuficiencia de medios materiales o personales para las salas de operación o tratamiento requeridos; o deficientes condiciones de conservación, de funcionamiento o de higiene del material clínico, del instrumental o de las instalaciones con que cuenta el centro (GÓMEZ CALLE, «El fundamento...», pp. 1732-1735; «Los sujetos...», pp. 421-424).

Se trata de una tendencia apreciada también en el derecho anglosajón (GIESEN, *International...*, p. 55) que se inscribe dentro de la objetivación de la responsabilidad en relación a las personas jurídicas, a las que, por su mayor capacidad económica, se les suele imputar la responsabilidad acaecida bajo su ámbito de control (DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Previsiones...*, pp. 43-44; MARTÍN BERNAL, *Responsabilidad...*, p. 206). Señala en este sentido Díez-PICAZO (*Daños...*, p. 162) que «las personas jurídicas no sólo quedan comprometidas por los actos de los órganos legalmente encargados de tomar las decisiones y realizados en nombre y por cuenta de tal persona jurídica [...] Es preciso seguramente llegar más allá y entender que aun en los casos en que el autor físico del

que, como se advirtió en la presentación de estas acciones, se crea una falsa imagen de ausencia de problemas que no se corresponde con la realidad.

La cuestión que se ha de resolver en este punto es si la imputación de la responsabilidad a este profesional sanitario es posible siempre que se produzca el nacimiento de un niño enfermo, o si sólo lo es en aquellos casos en los que realmente existiera la posibilidad de detectar este mal con anterioridad al plazo legalmente establecido para la interrupción voluntaria del embarazo o con anterioridad a la concepción.

2. Dado que, como ya se vio —y con los matices señalados—, el principio del que parte nuestro Ordenamiento en materia de responsabilidad médica es la responsabilidad por culpa, hay que establecer que, como regla general, únicamente cuando en relación a la conducta que se le imputa hubiera actuado el profesional sanitario de manera negligente, podrá hacérsele responder por ello. La culpa o negligencia se constituye, pues, como criterio general de imputación de la responsabilidad en el ámbito de estas acciones; criterio general que se ha de mantener en tanto se ejerciten estas pretensiones a través del sistema de responsabilidad extracontractual por hecho propio.

Por tanto, al margen de las excepciones que veremos posteriormente —que afectan básicamente a la responsabilidad objetiva y a la responsabilidad contractual—, la responsabilidad extracontractual de los profesionales por *wrongful birth* y *wrongful life* sólo concurre en aquellos casos en que la falta de información a los progenitores haya sido debida a una conducta culpable o negligente (mala *praxis*) que tenga por efecto la privación de información a los progenitores sobre la existencia de males o riesgos detectables²³. Por el contrario, cuando el proceso de diagnóstico y de comunicación del mismo sea realizado diligentemente, deberá negarse en este contexto la responsabilidad del profesional demandado, aunque el diagnóstico no se corresponda con la situación del paciente. En estos casos,

acto dañoso no pueda ser identificado, siempre que la imputación al marco de la actividad organizada pueda realizarse, debe proceder la responsabilidad de la persona jurídica».

²³. En el ámbito extracontractual, PANTALEÓN PRIETO («Cómo repensar...», pp. 448-449) pone de relieve que la culpa es el criterio más evidente si se ve el tema como un problema interindividual entre dañante y dañado: es la conducta del dañante la que, al sobrepasar el límite de riesgo, permite hacerle responder (ya que, si no hubiera hecho nada, siempre podría reclamar para sí que alguien respondiera por su daño, al igual que lo ha hecho él por el de otro). Ahora bien, la objetivación queda justificada desde el punto de vista de la justicia conmutativa —a juicio del autor— en otras dos situaciones: la responsabilidad por riesgo en relación a determinadas actividades y la responsabilidad por «daños cuasiexpropiatorios o de sacrificio».

el daño se deberá considerar producto de caso fortuito o de fuerza mayor y, por tanto, no imputable al profesional diligente²⁴.

Lo contrario supondría objetivar la responsabilidad del profesional sanitario, que debería responder más allá de los límites de la diligencia.

3. Esto supone la necesidad de distinguir entre diagnóstico erróneo (como diagnóstico que no se corresponde a la situación real) y negligencia. Como todo paciente conoce y asume, la ciencia médica tiene sus límites, por lo que es posible que se emita un diagnóstico que no se corresponda con la situación real del paciente, o que no se pueda alcanzar diagnóstico alguno. El error, por tanto, es un riesgo inseparable de la ciencia médica y puede producirse en el contexto de una diligencia profesional²⁵.

Por ello, en un contexto en que la responsabilidad se imputa a partir de un criterio de culpa, esta imputación sólo se produce ante la concurrencia de tal criterio y no por la mera existencia de un error médico. Éste, en sí mismo, no es causa de responsabilidad, salvo que sea ocasionado por un comportamiento negligente²⁶.

Ante la existencia de un diagnóstico erróneo, consiguientemente, habrá que comprobar si tal resultado era el único que podía ofrecer la ciencia médica, de acuerdo con el estado de conocimientos; es decir, habrá que plantearse si la falta de reflejo de la situación real del paciente es debida a una carencia en el saber científico, que no permite detectar y

²⁴ . En el contexto de una responsabilidad por culpa, el caso fortuito y la fuerza mayor (sinónimos en tanto que no se establezca distinción entre ambos) se sitúan como reverso de la culpa: lo imprevisible e inevitable es precisamente aquello respecto de lo que no existe un deber de actuación para el sujeto, cuyo comportamiento resulta, por tanto, diligente. Así lo pone de relieve CARRASCO PERERA («Artículo 1104...», p. 596), cuando establece el parámetro de la culpa en el buen padre de familia y señala que se define por el juicio de previsibilidad y evitabilidad, caracterización que «sitúa la culpa en las fronteras del caso fortuito».

La discordancia entre el concepto de no culpa y caso fortuito y fuerza mayor se produce cuando se interpretan estos eventos conforme al criterio del riesgo (como eventos que caen dentro o fuera del ámbito de control o de la actividad), pues en tal caso se imputa la responsabilidad al titular de tal actividad no sólo por su culpa, sino también por el caso fortuito. Sin embargo, como se dirá, este concepto de caso fortuito y fuerza mayor responde a un sistema de responsabilidad objetiva o a un sistema en que la imputación de la responsabilidad se adapte al riesgo de la actividad, no a una responsabilidad extracontractual subjetiva en el marco de una actividad no susceptible de ser calificada de riesgo.

²⁵ . Así lo declara, en concreto, LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, p. 67).

²⁶ . Habla en este sentido DE ÁNGEL YAGÜEZ de «errores excusables» («Diagnósticos II...», p. 144). En palabras de YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, p. 294-297), «es la culpa, y no el error, lo que genera el incumplimiento»; idea que se repite en sus líneas maestras entre la mayoría de la doctrina (ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 313; CASTILLO CALVÍN, *op. cit.*, p. 3; GONZÁLEZ MORÁN, *op. cit.*, p. 97 o SANTOS BRIZ, *Temas...*, p. 189). Del mismo modo, la idea de que el error médico no es por sí mismo causa de responsabilidad si se prueba que se emplearon los medios correctos de diagnóstico y tratamiento, se recoge frecuentemente por la jurisprudencia (por ejemplo, STS de 8 de mayo de 1991).

diagnosticar el mal en cuestión que aqueja al paciente²⁷. Sólo ante una respuesta negativa se deberá investigar qué comportamiento —o comportamientos— negligente fue el que produjo el error del diagnóstico (que podía haber sido correcto), a fin de reclamar responsabilidad contra su autor y, en su caso, contra quien deba responder por él.

4. Antes de pasar a estudiar en qué consiste el modelo de conducta al que debe someterse el profesional sanitario diligente, hay que hacer una importante aclaración a fin de deshacer desde un principio un posible equívoco que se podría producir: pese a que el supuesto del que parten las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* es el de la privación de información relevante a los progenitores sobre el estado de salud del *nasciturus* —o sobre los riesgos que amenazan al *concepturus*—, el comportamiento negligente no siempre se manifiesta precisamente en relación a la obligación de información del profesional sanitario. En realidad, este comportamiento puede producirse en cualquiera de las fases de la atención médica, y en relación a otros deberes derivados de la *lex artis*. Por tanto, puede producirse no sólo en la fase de elaboración del diagnóstico o de comunicación del mismo, sino también en relación con otros comportamientos desarrollados a lo largo de la prestación sanitaria que puedan incidir en dicho diagnóstico²⁸.

De lo que se trata, en todo caso, es de que concurra un comportamiento negligente que genere un fallo en el proceso de diagnóstico, o en el proceso de comunicación del diagnóstico, por el cual los progenitores desconozcan la información relevante sobre su descen-

²⁷. Esta idea se pone de relieve por la Declaración de la Asociación Médica Mundial de 1992 sobre la negligencia médica, cuyo apartado 2.b) sostiene: «un accidente producido durante un tratamiento médico, que no se pudo prever y que no fue el resultado de falta de conocimiento por parte del médico tratante, es un accidente desafortunado del cual el médico no es responsable».

El reflejo se encuentra también entre la doctrina francesa, que señala mayoritariamente que el error de diagnóstico no es por sí mismo negligente, puesto que pueden existir circunstancias que induzcan a la confusión entre diversos males. Por ello, lo que se sanciona no es el error de diagnóstico, sino la negligencia del profesional que conduce a él (FINEL, *op. cit.*, p. 225; FORTUNÉ-CAVALIÉ, *op. cit.*, p. 19; JONÁS, *op. cit.*, p. 16; MELENNEC y SICARD, *La responsabilité civile du médecin*, Editions Générales Graphique, París 1978, p. 52; LE TOURNEAU y CADIET, *op. cit.*, pp. 753, 755 y 756). Por otro lado, en Alemania, proclama LAUFS en general (en LAUFS/UHLENBRUCK, pp. 23 y 943) que el médico sólo responde por la conducta culpable.

²⁸. Partiendo de la base de que la actuación de los profesionales sanitarios se puede producir en dos momentos distintos —antes de la concepción o antes del nacimiento—, la variedad de supuestos que pueden dar origen a un falso negativo es enorme, como ya se indicó, sobre todo si se tiene en cuenta la pluralidad de los intervinientes en el acto médico y la amplitud de tareas que se encuentran implicadas en un proceso de diagnóstico. Sin perjuicio de que a lo largo de este capítulo se vaya viendo cada uno de estos comportamientos negligentes, hay que resumirlos en tres tipos, según se produzcan anteriormente al diagnóstico (falta de consejo de la conveniencia de someterse a un diagnóstico preconcepcivo o prenatal y consejo tardío); durante el diagnóstico (en la elaboración de los antecedentes o exámenes previos, en la prescripción de pruebas, en su realización, en la elaboración del diagnóstico, o en su comunicación) o paralelamente al diagnóstico (incumplimiento de protocolos, defectos de organización, de material o de personal).

dencia futura y queden privados de un factor importante a partir del cual adoptar una decisión. A partir de ahí, para imputar la responsabilidad, será necesario constatar no sólo el carácter negligente del comportamiento, sino igualmente que sea tal comportamiento el que repercuta concretamente en el diagnóstico finalmente emitido o en la falta de diagnóstico – constatación propia del requisito de la relación de causalidad–, pues de no ser así, como ya se dijo, deberá negarse la responsabilidad.

2.2. El parámetro de la *lex artis* como determinante del comportamiento diligente en las profesiones médicas

1. En la actualidad, el requisito de la culpa o negligencia en el ámbito de la responsabilidad se interpreta en general bajo un criterio objetivo. Superadas las teorías subjetivas de la culpa, que la interpretaban como una conducta moralmente reprochable²⁹, se califica como culposo o negligente al comportamiento que se separa de un determinado parámetro de conducta prefijado («hombre medio», «hombre razonable de prudencia normal», o, en sede de responsabilidad contractual, «buen padre de familia») y que ocasiona un daño no querido o buscado por el agente (cuando el resultado es querido y buscado por el agente, se habla de comportamiento doloso y tiene iguales consecuencias³⁰). Actualmente, pues, la

²⁹ . El concepto subjetivo de la culpa –manejado, entre otros, por DE CUPIS (*op. cit.*, pp. 185)– es sobre el que tradicionalmente se interpretó ésta como un acto moralmente reprochable o un determinado estado mental (ver al respecto, BADOSA COLL, *Diligencia...*, pp. 33 y siguientes y p. 69; CORSARO, *op. cit.*, pp. 136-140; DíEZ-PICAZO, *Daños...*, pp. 354-357, así como MARKESINIS y DEAKIN, *op. cit.*, 42). Tal concepto, que sin duda se vio influido por la idea cristiana del pecado y por el derecho canónico (REGLERO CAMPOS, «Los sistemas...», pp. 166 y 167), se mantuvo, según DíEZ-PICAZO, hasta la época de la Codificación (*La responsabilidad...*, p. 728; *Daños...*, pp. 84-85).

Posteriormente, surgieron las teorías objetivadoras de la culpa –que adquirió entonces la denominación paralela de «negligencia», hoy sinónima a la de culpa, como dice REGLERO CAMPOS («Los sistemas... », p. 187)–, que son las actualmente aceptadas en los Ordenamientos de nuestro entorno. Se adopta la idea de que en el derecho civil (frente al derecho penal) no se trata tanto de la culpa personal como de la rapidez y seguridad del tráfico; y ambas exigen una tipificación de los deberes de conducta.

³⁰ . Si bien, como destaca DEUTSCH (*Arztrecht...*, p. 85), no es muy frecuente el dolo en el marco de la responsabilidad médica, hay que indicar en todo caso que la diferencia entre culpa y dolo no tiene consecuencias en la responsabilidad extracontractual. Aunque el artículo 1902 Cc se refiera únicamente a la culpa o negligencia, en ambos casos se produce la separación respecto del parámetro de conducta (por todos, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado...*, p. 802; «Artículo 1902», pp. 435-436 o YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, p. 236).

No es correcto, en cambio, remitir la responsabilidad por dolo al ámbito penal (como pretende FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, pp. 80-81 y 82), pues podría llevar al absurdo de que, en aquellos casos en los que el comportamiento no respondiera a un delito tipificado, la víctima de un comportamiento doloso no fuera indemnizada, mientras que sí lo fuera la de comportamientos culposos. Pero tampoco es correcta la tendencia contraria, de limitar a la responsabilidad por dolo la responsabilidad extracontractual, como parece pretenderse últimamente en algunas materias, como la responsabilidad entre cónyuges (por ejemplo, RAGEL SÁNCHEZ,

responsabilidad civil se basa en la disconformidad del acto con la norma de conducta y es irrelevante que fuera o no reprobable el comportamiento o el estado de ánimo de su autor³¹. Es suficiente que exista un comportamiento objetivamente diferente del comportamiento capaz de evitar el evento lesivo del derecho ajeno³².

Para la delimitación de este parámetro de conducta se han manejado tradicionalmente criterios tales como los de la previsibilidad y la evitabilidad del daño; criterios que remiten al reverso de este parámetro, a través del caso fortuito y la fuerza mayor³³. En tales casos no se trata sólo de que se interrumpa el nexo causal, sino igualmente de que no es

op. cit., p. 158, señala que esta tendencia se encuentra en la STS de 30 de julio de 1999). Tanto el dolo como la culpa son criterios de imputación de la responsabilidad extracontractual.

Por otra parte, la distinción entre ambos criterios tampoco se traduce en el ámbito extracontractual en materia de indemnización, pues ésta fija su monto en atención a la gravedad del daño, no a la conducta del responsable. En este sentido, indica Díez-PICAZO (*Daños...*, pp. 46-47): «el resarcimiento integral del daño se produce cualquiera que sea la forma de culpabilidad que haya concurrido». Como señalan MALAURIE y AYNÈS (*op. cit.*, p. 141), es el daño el que establece la medida de la reparación, no la culpa. Aunque PANTALEÓN PRIETO («Artículo 1902...», p. 1971) parece contradecir esta idea respecto del daño moral (pues señala que la indemnización puede ser mayor en el caso de conducta dolosa), aclara que esto así por la gravedad de la lesión que tal conducta comporta al dañado, no por la gravedad de la conducta del dañante.

³¹. La doctrina es prácticamente unánime en esta interpretación del criterio de la culpa. Muestra de ello son, entre otros muchos, DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Tratado...*, pp. 286-287; «Artículo 1902...», pp. 352-353); Díez-PICAZO («La culpa...», p. 111) o ROCA TRÍAS (*Derecho...*, p. 61). Igualmente, en los países de nuestro entorno se sigue tal interpretación. Así, en Italia, CORSARO (*op. cit.*, pp. 164-165); en Francia, FORTUNÉ-CAVALIÉ (*op. cit.*, p. 19) y PENNEAU (*Médicale...*, p. 46); en Alemania, KÖTZ y WAGNER (*op. cit.*, pp. 46-47); LARENZ (*Lehrbuch des Schuldrechts. Band I. Allgemeiner Teil*, 14ª edición, Verlag C.H. Beck, München 1987, pp. 276, 282-288); SCHÄFER y OTT (*op. cit.*, pp. 108-109 y 159) y MEDICUS (*Allgemeiner...*, p. 152); en Gran Bretaña, LUNNEY y OLIPHANT (*op. cit.*, p. 154) y MARKESINIS y DEAKIN (*op. cit.*, pp. 155 y 158-163); y, finalmente, en Estados Unidos, FURROW (*et al.*) (*op. cit.*, p. 915) y PROSSER y KEATON (*op. cit.*, pp. 169-170).

³². Este concepto objetivo de la culpa, especialmente cuando se expresa de acuerdo con criterios normativos, conforme a los cuales la afirmación de la culpa pasa por el presupuesto de decidir si el presunto culpable se encontraba en una situación que generaba deberes respecto del perjudicado (como parece aceptar Díez-PICAZO, «La culpa...», p. 112), aproxima la interpretación de este requisito al *duty of care* propio del *tort of negligence* en el derecho anglosajón, pero que también es exigido implícitamente en Alemania (según MERKEL, *op. cit.*, pp. 177 y 183). La preexistencia del parámetro de conducta en nuestro caso es lo que determina que el profesional sanitario conozca previamente cuáles son sus deberes y que pueda adecuar a ellos su conducta.

En realidad, la identificación de un equivalente a tal elemento en nuestro derecho es ciertamente complicada. Dicen en concreto MARKESINIS y DEAKIN (*op. cit.*, pp. 71-72) que se trata de un elemento que no tiene un equivalente preciso en los derechos continentales, donde es la causación u otros elementos los que desempeñan el papel desarrollado por el elemento aquí señalado. En concreto, parte de su idea se encuentra en el presupuesto objetivo o normativo del comportamiento negligente en la identificación de un parámetro de conducta; parte también, como ya se dijo, en la noción de antijuridicidad interpretada en relación al comportamiento (así, por ejemplo, KOZIOL, en las conclusiones del estudio de derecho comparado sobre la antijuridicidad del *European Group on Tort Law*, *op. cit.*, p. 130). Hay, pues, una cierta similitud entre ambas ideas, pero no una identificación.

³³. La relación entre la previsibilidad o evitabilidad del daño y la diligencia es puesta de relieve, entre otros, por Díez-PICAZO (*Daños...*, pp. 361-364) o ROCA TRÍAS (*Derecho...*, pp. 60-62). Del mismo modo, en el derecho anglosajón se considera que la intervención de un acto que no podía haber sido previsto o prevenido ejercitando unas precauciones razonables no da lugar a responsabilidad (JONES, en KENNEDY y GRUBB, *Principles...*, p. 354; MARKESINIS y DEAKIN, *op. cit.*, p. 75; PROSSER y KEATON, *op. cit.*, p. 162).

imputable el daño al profesional sanitario, pues actúa diligentemente, siendo el daño producido por un evento respecto al cual él no tenía deber de actuar.

2. Ahora bien, esta definición general de la culpa de acuerdo con un parámetro medio de conducta exigible a cualquier sujeto se concreta en el ámbito de las actividades profesionales, y especialmente en el ámbito de la responsabilidad médica. A través de esta operación, este parámetro de diligencia se eleva, y se habla, pues, del «buen profesional»³⁴.

Tanto la doctrina, como la jurisprudencia han tendido a especializar este parámetro de conducta respecto del criterio general, estableciéndolo conforme a la llamada *lex artis*, esto es: un conjunto de saberes acumulados en cada actividad profesional médica, a través de los que se define el modo usual y comprobado de realizar las actividades relativas a dicha profesión. Esta definición determina que no se pueda considerar un parámetro fijo o inmutable, sino que varía con el tiempo y los conocimientos científicos³⁵.

³⁴ . Esta adecuación y agravación del parámetro de diligencia deriva, sin duda, de la previsión recogida en el artículo 1104 Cc, en sede de responsabilidad contractual, en que se establece la necesidad de adecuar la diligencia en el cumplimiento de las obligaciones a la naturaleza de la obligación (ALONSO PÉREZ, M., «La relación...», p. 37; FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad...*, p. 13 y «Responsabilidad médica...», p. 131; GÓMEZ CALLE, «El fundamento...», p. 1741; LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, pp. 215 y 220-221 o SANTOS BRIZ, *Temas...*, p. 191). El ejercicio de una actividad profesional que requiere el desempeño de una actividad especializada convierte en inadecuada la remisión al parámetro de comportamiento general del «buen padre de familia». Se sustituye, pues, un parámetro por otro, adaptándolo o concretándolo a las circunstancias, por la naturaleza técnica de la prestación (ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 239-240; CARRASCO PERERA, «Artículo 1104...», pp. 614 y 617 e YZQUIERDO TOLSADA, *Profesional liberal...*, pp. 276 y 287). Por su parte, BADOSA COLL (*Diligencia...*, p. 122) se refiere a este modelo de conducta atribuido al perito, en atención a la naturaleza intrínseca de la actividad que debe aplicarse y que se aplica al caso concreto según la cualidad en virtud de la cual asumió el deudor la obligación (p. 131).

La cuestión, sin embargo, es si tal fundamento se puede extender igualmente al ámbito extracontractual, donde no existe precepto equivalente al 1104 Cc. Como indica Díez-PICAZO (*Daños...*, p. 263), el artículo está redactado en términos contractuales (se refiere a la diligencia debida en la actividad de cumplimiento del deudor, como define BADOSA COLL, *Diligencia...*, pp. 65-66), pese a lo cual acepta la aplicabilidad a la responsabilidad extracontractual (p. 361), al igual que la doctrina en general (CARRASCO PERERA, «Artículo 1104...», p. 585; PLAZA PENADÉS, *op. cit.*, pp. 36 y 42; REGLERO CAMPOS, «Los sistemas...», p. 187; SANTOS BRIZ, «Unidad...», p. 590 y *Temas...*, p. 27) y la jurisprudencia (SSTS de 13 de julio de 1987, 7 de julio de 1993, 10 de octubre de 1994 y 19 de febrero de 1998).

En el mismo sentido, en el derecho comparado se especializa el modelo de conducta al que ha de someterse el comportamiento de los profesionales sanitarios (DE CRUZ, *op. cit.*, p. 532 o VON BAR, *Vol. II*, pp. 318, 321). Se suele hablar, en concreto, del parámetro de un profesional sanitario de pericia media: «ordinary or reasonably skilled man exercising and professing to have that special skill», o «reasonable doctor» (ver para el derecho anglosajón, JONES, en KENNEDY y GRUBB, *Principles...*, p. 340; KENNEDY y GRUBB, *Medical...*, p. 416; MARKESINIS y DEAKIN, *op. cit.*, pp. 156 y 163-166; PROSSER y KEATON, *op. cit.*, pp. 185-189).

³⁵ . Así lo pone de relieve, en concreto, ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, p. 298) al señalar cómo la *lex artis* no es un parámetro fijo o inmutable. De hecho, DEUTSCH (*Arztrecht...*, pp. 84, 86) describe tal parámetro caracterizándolo como flexible, y LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 104-105 y p. 934) destaca que el continuo desarrollo de la ciencia y de la técnica produce un constante cambio de los parámetros de comportamiento médico.

3. Pero, a su vez, esta definición muestra cómo, a la hora de fijar el modelo de conducta por el cual se han de regir las actuaciones de los profesionales médicos en el ejercicio de su profesión, se tienen en cuenta precisamente las capacidades típicas del grupo profesional al que pertenece el agente³⁶.

Concretamente, la remisión de la fijación del parámetro por el cual se ha de comparar la conducta para determinar su diligencia o negligencia a cada grupo profesional pone de relieve que no existe una única *lex artis* en el ámbito sanitario, sino tantas como diversas profesiones existen³⁷. Si bien es cierto que en todas las profesiones sanitarias existe un referente o aglutinador común, que es el saber médico y científico, y si bien es cierto que tal referente común tiene como consecuencia que exista una serie de saberes compartidos por todas ellas, cada profesión se rige por sus propias normas, pues el ámbito del saber científico que abarca es diverso.

Por lo tanto, en cada una de las actividades integrantes de las profesiones sanitarias, así como en cada una de las especialidades médicas, se deberá constatar cuál es este parámetro para comparar con él la conducta del profesional en cuestión. Al mismo tiempo, cada profesional deberá adecuar su comportamiento al parámetro de conducta específico de su profesión y no estará obligado a dominar técnicas o saberes ajenos a éste.

4. Que el modelo de conducta ha de establecerse a través de la *lex artis* resulta especialmente importante de cara a negar desde un principio una práctica jurisprudencial que aplica la doctrina de la asunción por el profesional de una obligación de medios o de resul-

³⁶. De esta forma, como señalan LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 936) y OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 72), el modelo de conducta por el que viene determinado el comportamiento diligente del profesional deriva de un principio de «negligencia de grupo» (*Gruppenfahrlässigkeit*); idea que también parecen recoger MELENNEC y SICARD (*op. cit.*, p. 51), cuando remiten la fijación del parámetro de conducta a la opinión general de los especialistas y no la opinión personal de un experto; así como PENNEAU (*Médicale...*, pp. 92-93), en la medida en que acude a la práctica médica como parámetro para determinar la conducta conforme a la *lex artis*.

Entre nuestros autores, ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 45) apunta también a esta idea cuando se refiere a que «la mejor manera de establecer criterios médicos prudenciales es el consenso», con expresa mención a los protocolos como expresión de la *lex scientiae*. De hecho, considera el autor que «el médico que sigue una terapia respaldada por sociedades y publicaciones científicas homologadas halla el mejor aval en el ejercicio profesional». Sin embargo, CARRASCO PERERA («Artículo 1104...», p. 622) introduce, junto a la propia actividad o la práctica como criterio para determinar la conducta profesional, la conciencia social.

³⁷. Como afirma SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p. 119), «es cada grupo el que crea su modelo de diligencia». De hecho, tal afirmación se da por supuesta entre los estudiosos de la responsabilidad médica, que suelen afirmar una mayor exigencia de conocimientos según el mayor o menor grado de especialización. En este sentido, por ejemplo, se encuentran entre nuestros autores, FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, pp. 276, 277 y 285), GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, p. 15) y ROMERO COLOMA (*La medicina...*, p. 145); y entre la doctrina extranjera, BERGMANN (*op. cit.*, p. 8); FURROW, *et al.* (*op. cit.*, p. 915); GRUBB (*op. cit.*, p. 285); PENNEAU (*Médicale...*, p. 48).

tado como parámetro para determinar la diligencia del profesional sanitario³⁸. Tal operación es claramente incorrecta en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Hablar de obligación de medios o de resultado para constatar cuándo responde y cuándo no el profesional sanitario remite necesariamente a una previa obligación asumida por éste, conforme a la cual se amplía el ámbito de su responsabilidad.

Carece, pues, de sentido introducir este criterio en la responsabilidad extracontractual, donde no existe por definición obligación previa y donde, consiguientemente, ésta no puede constituirse como el parámetro con el que contrastar la actuación del profesional sanitario³⁹. Del mismo modo, la calificación de las obligaciones sanitarias como de medios o de resultado no aporta tampoco nada a los regímenes de responsabilidad objetiva, donde en todo caso la responsabilidad se establece al margen de cualquier criterio de culpa⁴⁰.

2.3. El contenido general de la *lex artis* y la negligencia en materia de *wrongful birth* y *wrongful life*

1. Aunque se hable de la *lex artis* como de un modelo de conducta prefijado, ha de advertirse que su contenido no se encuentra recogido en ninguna norma concreta, sino que

³⁸. Ejemplo de ello son las SSTs de 8 de mayo de 1991, 15 de noviembre de 1993, 26 de septiembre de 1994, 24 de junio y 13 de diciembre de 1997 y 29 de mayo de 1998.

³⁹. Pese a la opinión contraria de YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, p. 260), que proclama la aplicación del «binomio medios/resultado» al campo extracontractual, la mayoría de la doctrina se muestra contraria a esto (e incluso el propio Tribunal Supremo ha refrendando esta opinión en sus sentencias de 19 de febrero de 1998 y 13 de abril de 1999).

En concreto, esta idea aparece con claridad en autores como GÓMEZ CALLE («El fundamento...», p. 1699, que sostiene que «si la distinción entre obligación de medios y obligación de resultado se basa, en esencia, en el distinto alcance del compromiso asumido por el deudor, parece que sólo puede tener sentido en el ámbito contractual y no en el extracontractual, en el que por hipótesis falta cualquier compromiso entre dañante y dañado previo a la causación del daño») y MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Responsabilidad...», p. 1641, que indican que induce a la existencia de confusión: «en la medida en que hablar de obligaciones de medios y de resultado presupone una relación preexistente —que no se da en la esfera extracontractual—, en cuyo marco las partes hayan previsto los resultados a los que quieren llegar y convengan las reglas —derechos y deberes— para su consecución»). A ellos ha de añadirse ASÚA GONZÁLEZ (*op. cit.*, pp. 984-985).

⁴⁰. Como indica GÓMEZ CALLE («El fundamento...», pp. 1764-1765), al no entrar en cuestión en este tipo de responsabilidad objetiva la actuación negligente, la calificación de la obligación médica como obligación de medios no aporta nada, pues se responde aun en el caso de actuación diligente si hubo un daño relacionado con el servicio médico. Por ello, aconseja la autora que se entienda en estos casos que la obligación asumida es la de procurar al paciente un resultado, pero no de curación, sino «el resultado normal del tratamiento», lo cual implica que el paciente debe asumir ciertos riesgos, pero también obtener una indemnización cuando el resultado dañoso producido es completamente anormal (siendo suficiente con acreditar tal anormalidad).

deriva de los conocimientos científicos y de la práctica del grupo profesional de que se trate. Esto dificulta en ocasiones un completo conocimiento de este parámetro de conducta⁴¹.

Para su identificación, son de especial relevancia las normas en las que se regulan las competencias de cada grupo profesional, los Códigos éticos y deontológicos de la profesión⁴², así como los llamados protocolos⁴³. Estos últimos, de hecho, son muy importantes en materia de diagnóstico prenatal, en la medida en que contienen las pautas de seguimiento del embarazo, tanto en circunstancias normales, como en circunstancias de riesgo. De esta forma, en muchas ocasiones la conducta negligente del profesional sanitario se podrá comprobar a través de la observación del seguimiento de ese modelo (siempre y cuando, eso sí, éste responda al estado de la ciencia).

Junto a ellos, suele añadirse como criterio determinante de la definición del parámetro médico las propias prácticas o los usos asumidos por la profesión sanitaria de que se

⁴¹ . Tal dificultad, como es lógico, es importante en el contexto de un criterio objetivo de culpa o negligencia, pues el concepto de ésta como contrariedad con un modelo de conducta requiere la cognoscibilidad de tal modelo, a fin de que el particular pueda adaptar al mismo su comportamiento. En este sentido, LLAMAS POMBO («Sentencia...», p. 1012) señala: «[el] juicio culpabilístico entraña siempre una tarea comparativa de la conducta verificada por el profesional, respecto de unos *standards* o modelos de conducta; y tal comparación no puede llevarse a cabo sin definir previamente dichos puntos de referencia». De hecho, algunos autores puntualizan que la comparación de una determinada conducta con el parámetro de la *lex artis* sólo puede realizarse *a posteriori*, cuando se conocen todas y cada una de las circunstancias y posibles inconvenientes que ha llevado consigo (así, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *El régimen...*, pp. 376-377). Ahora bien, esto no impide que el parámetro de conducta conforme al que se ha de adecuar la actuación se encuentre prefijado; otra cosa es que la constatación de su seguimiento no se pueda hacer más que tras la propia actuación, como indica ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, p. 298).

⁴² . Estos textos, como señala FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 132), plantean el problema de que no son jurídicamente exigibles por terceros; únicamente, como coincide en indicar SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p. 38), tienen aplicación en el ámbito interno colegial, ya que se trata de preceptos éticos y no legales. No obstante, destaca el primer autor que su fuerza frente a terceros puede venir dada por el hecho de que su contenido se constituya en costumbre obligatoria; es decir, en la medida en que se haya constituido como saber integrado en la *lex artis* (pero a esto hay que añadirle los casos en los que los códigos reflejen una práctica establecida). Otra interpretación es la de FERNÁNDEZ COSTALES (*La responsabilidad...*, p. 43-48), que califica este tipo de textos como normas a las que queda sometida la conducta y comportamiento de los profesionales sanitarios, integrándose en el contrato, bien a través del parámetro de conducta del artículo 1104 Cc; bien a través del criterio de la buena fe del artículo 1258 Cc.

Sea como sea, aquí no nos interesa tanto su carácter normativo, como su valor interpretador de la conducta a la que queda sometido el comportamiento del profesional médico en el ejercicio de su actividad.

⁴³ . Un protocolo contiene el procedimiento que ha de seguirse en una determinada intervención o en el tratamiento de una cierta dolencia. Este procedimiento puede indicar desde cuál ha de ser la técnica médica a través de la cual debe llevarse a cabo la prestación sanitaria, hasta los pasos a través de los cuales hay que atender al paciente. Su elaboración, a través de grupos de expertos, otorga garantía de que se trata de prácticas acordes con la *lex artis*, motivo por el cual ha de considerarse, como hace JONES, un punto de partida («codified standards of professional conduct, though not conclusive, may constitute significant evidence of what constitutes reasonable care», en KENNEDY y GRUBB, *Principles...*, p. 349).

trate⁴⁴. No obstante, esta remisión a la práctica se ha de matizar, puesto que realizada indiscriminadamente puede conducir no sólo al descenso del parámetro de diligencia, sino, incluso, al establecimiento de un comportamiento negligente como parámetro por el que se ha de regir la conducta del profesional⁴⁵. Por ello, sólo se puede acudir a la práctica como justificadora de un comportamiento médico en tanto que dicha práctica no derive de una rutina o de malos hábitos, más que de un correcto comportamiento⁴⁶.

2. La *lex artis*, como modelo de comportamiento, en realidad es un referente plural y complejo, integrado por componentes profesionales, éticos y jurídicos, asentados en una buena preparación científica⁴⁷. Se integra por un triple contenido, constituido tanto por los conocimientos médicos o científicos de su ámbito de actividad en concreto⁴⁸, como por las prácticas y técnicas que han de aplicar en el desarrollo de su profesión⁴⁹, como, finalmente, por conocimientos de tipo «humano» o «de trato con el paciente»⁵⁰.

⁴⁴. Así, por ejemplo, estudia PENNEAU (*Médicale...*, pp. 82-92) el empleo de los usos profesionales como parámetro de la conducta del profesional (usos o prácticas que considera algo distinto del arte médico; *Médecin...*, p. 23). Según el autor, es la práctica la que determina la adecuación de una determinada técnica o de un determinado saber. Aunque esto no excluye la aplicación de técnicas nuevas o *pratiques d'opinion* (pues es la única forma de que progrese la ciencia), la separación de las prácticas usuales requiere, según el autor, una mayor justificación que su seguimiento (o, como indica en *Médecin...*, p. 23, se puede emplear una vez superado el estado experimental, aunque sea controvertida la nueva técnica, si bien con una diligencia reforzada). En todo caso, lo que rechaza la jurisprudencia, según el autor, son los nuevos conocimientos no suficientemente fundamentados o su seguimiento imprudente (como corroboran MALICIER, MIRAS, FEUGLET y FAIVRE, *op. cit.*, p. 123). La prueba, en todo caso, cae del lado del profesional y ha de ser minuciosa.

⁴⁵. Este peligro es puesto de relieve, entre otros, por PROSSER y KEATON (*op. cit.*, p. 194), respecto a la hipótesis de que el uso consagrado resulte de un comportamiento no cuidadoso. Como puntualiza GIESEN (*International...*, p. 97), no deja de ser negligente el comportamiento por el hecho de su repetición. Así, los usos profesionales locales no justifican un descenso en el parámetro de diligencia (p. 69).

⁴⁶. Quizá en este sentido distingue ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, pp. 298-300) entre «uso médico» (que refleja el nivel de aceptación y aplicación en la práctica de la teoría) y «hábito médico» (que es el establecido por la rutina o la pasividad) y SEYMOUR, entre «acceptable practices» y «customary practices» (*op. cit.*, p. 35). Lo aconsejado por ambos autores es seguir los primeros.

⁴⁷. ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 48). Otras definiciones se pueden encontrar en ROMERO COLOMA («conjunto de reglas y preceptos útiles para hacer bien una cosa o practicar una ciencia» y «conjunto de contenidos de carácter ético y técnico-científico que son de aplicación necesaria en el ámbito de la actividad profesional»; *La medicina...*, p. 145), así como en SÁNCHEZ GÓMEZ («un conjunto de reglas universales de actuación, unos "estándares" aceptados y aprobados por la generalidad de la comunidad científica que el médico debe respetar en su actuación», *Contrato...*, p. 121).

⁴⁸. Con esto se ha de entender el conjunto de conocimientos científicos sobre las enfermedades y su diagnóstico, sobre los remedios o las curas conocidos para cada uno de ellos y, en general, sobre los procesos biológicos del cuerpo humano, actualizado al momento de desarrollo del acto médico. Esta precisión se pone también de relieve por UHLENBRUCK y LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 348) para los que el parámetro del comportamiento médico representa el estado actual de los conocimientos de la ciencia natural y de la experiencia médica, que puede ser exigido para la obtención de la finalidad perseguida por la atención sanitaria.

⁴⁹. Estas reglas —de procedimiento o instrumentales— precisan cómo debe llevarse a cabo un determinado tratamiento, cómo debe emplearse el instrumental al servicio del médico, etc. Pese a su carácter técnico, no se duda de su integración en la *lex artis* (como dice ALONSO PÉREZ, M., la *lex artis* no sólo consiste en disponer

Por tanto, ni engloba un contenido totalmente científico, ni todo en él es arte; es el conjunto de todo ello lo que determina cuál es la actuación que ha de desarrollar un profesional sanitario. Se trata, pues, de definir la conducta que ha de desarrollar el profesional sanitario según qué deba hacer, cómo deba hacerlo y frente a quién deba actuar.

3. El estudio de este extenso contenido suele concretarse por la doctrina y la jurisprudencia a través de la elaboración de una serie de deberes a los que quedan sometidos los profesionales sanitarios⁵¹; deberes de diferente contenido a través de los cuales se aglutina el conjunto de saberes y prácticas que componen la llamada *lex artis*.

de más y mejores medios curativos, sino también en aplicarlos con mejor técnica y eficacia curativa, «La relación...», p. 47); pero tampoco se duda de que sea un conocimiento de distinto tipo al puramente científico. En este sentido, el autor citado (p. 38), así como LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 4) distinguen entre el arte y la ciencia. Según el primer autor, ha de distinguirse la medicina como *ciencia* (Patología: estudio de las enfermedades) y la medicina como *arte* (Clínica: técnicas aplicables a los enfermos). La *lex artis* exige saber la ciencia y tomar decisiones ante el caso concreto, para lo cual se deben tener en cuenta factores extramédicos (económicos, sociales, formación cultural, centro sanitario...). Añaden a esta distinción SALVADOR CODERCH y SOLÉ FELIU (*op. cit.*, pp. 57-60) y SALVADOR CODERCH, SOLÉ FELIU, SEUBA TORREBLANCA, RUIZ GARCÍA, CARRASCO MARTÍN y LUNA YERGA («Los riesgos del desarrollo. Ministerio de Sanidad y Consumo, Consejo General del Poder Judicial. Madrid 26-28 de febrero de 2001», *www.indret.com*, 01/2001, pp. 16-17) un tercer elemento, al distinguir a su vez entre el conocimiento tecnológico (técnicas que emplean el conocimiento científico) y el técnico (que es el conjunto de procedimientos de que se sirve una ciencia o arte).⁵⁰ El profesional sanitario debe saber cómo ha de atender al paciente para no hacerle sentirse violento, qué información debe proporcionarle y cuál resulta superflua, así como cuándo y cómo realizar tal comunicación a fin de mitigar su impacto. Se trata, pues, de un conocimiento del lado humano del paciente, de sus reacciones y de sus sentimientos y de la medida en que la actuación del profesional sanitario puede incidir sobre los mismos. Es el aspecto psicosomático de la enfermedad al que aquí se atiende.

Aunque no suele ser muy estudiado, a él hace referencia ROMERO COLOMA (*La medicina...*, p. 138), como la «relación humana», entre médico y paciente, que se despliega a lo largo de toda la atención prestada. Con mayor desarrollo, GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, pp. 139-140) mencionan el deber de una determinada conducta que ha de seguir el profesional sanitario en su trato con el enfermo para facilitar la asistencia en su relación profesional (a la hora de llevar a cabo las exploraciones, a la hora de informar e incluso a la hora de cobrar los honorarios por la prestación desarrollada). Entre los autores alemanes, esta idea aparece también en cierto modo en tanto que se señala por UHLENBRUCK y LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, pp. 346-347) la existencia de componentes emotivos en la relación entre médico y paciente.

Igualmente, la inclusión de estos saberes dentro de la *lex artis* se refleja en el Código de Ética y Deontología Médica de 1990, que establece en el artículo 8.2 que la actuación del médico será siempre correcta, respetando con delicadeza la intimidad del paciente; y en el 11.4 se exige esta misma delicadeza —a la que se añade la circunspección y el sentido de la responsabilidad— respecto a la información que suministre. Igualmente, en el Código Deontológico de la Enfermería Española, se recogen en los artículos 12 y 13 determinadas precauciones en el trato con el paciente (valoración de su situación física y psicológica antes de informarle de su real o potencial estado de salud a fin de ver si está preparado para recibir la información o si se debe proporcionar a los parientes).

⁵¹ La jurisprudencia, a partir de la STS de 25 de abril de 1994, estableció cuatro deberes a los cuales debe ceñirse la actuación del profesional sanitario: 1. Utilización de cuantos remedios conozca la ciencia médica; 2. Información del diagnóstico, pronóstico, riesgos y de los medios de que se dispone; 3. Continuación del tratamiento del enfermo hasta el alta; 4. Información de la necesidad de cuidados o actuaciones posteriores para evitar agravar una enfermedad o recaer en ella.

Tal clasificación, sin embargo, no responde plenamente a la que se maneja entre la doctrina (LLAMAS POMBO, «Sentencia...», p. 1013). De hecho, esta clasificación no es la única que se ha hecho de los deberes que integran la *lex artis*, sino que existen varias (que no merece la pena reseñar, pues su interés es dogmático,

Son éstos, de hecho, los que vamos a estudiar aquí, pues son éstos los que definen en un caso concreto el contenido de la actuación diligente⁵². Con ello se tratará de exponer el conjunto de este parámetro con el cual se ha de determinar en el caso de la responsabilidad médica en general, y en el de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en particular, cuál es el comportamiento diligente dentro del que, por regla general, el profesional sanitario no responde del daño causado.

4. El caso concreto de las acciones que aquí se estudian, sin embargo, introduce un límite en este estudio de los deberes en que se descompone la *lex artis*, ya que —lejos de estudiar todos los deberes reconocidos por la doctrina y, en menor medida, por la jurisprudencia— sólo nos ocuparemos de aquéllos que puedan manifestar su trascendencia en este ámbito. Se trata, pues, de un estudio del contenido de la *lex artis* orientado al caso concreto estudiado, no una exposición general de esta materia. Así, a lo largo del análisis de estos deberes del profesional se van a ir introduciendo los comportamientos negligentes que pueden dar lugar a la responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life*, pues son éstos los que nos interesan en este trabajo, más que una exposición teórica de la responsabilidad médica.

2.3.1. El deber de competencia profesional

1. Con esta denominación —o bajo otros nombres⁵³— se hace referencia a un deber reconocido en general en los textos deontológicos o éticos⁵⁴, cuyo contenido es tan amplio

no práctico). Hay que advertir, sin embargo, que la exposición de estos deberes no es, en general, muy extensa. La mayoría de los autores restringe el estudio a los deberes de competencia, de información y de secreto (y algunos, ni siquiera a éste). Como excepción, ver, por ejemplo, FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, pp. 141-214).

⁵². Esta concreción del parámetro de conducta en una serie de deberes, cuando se plantea respecto de la responsabilidad médica extracontractual, supone una cierta aproximación al principio de responsabilidad contractual: se pasa del genérico *neminem laedere* a la identificación de una serie de deberes de conducta concretos cuyo incumplimiento —como negligencia— puede generar responsabilidad. Con ello se aproximan la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual, pues en esta última se concretan igualmente los deberes de las partes entre sí. En todo caso, hay que subrayar que el sentido de definir tales deberes es el de acotar la idea del comportamiento diligente, a fin de establecer cuáles son los deberes de comportamiento del profesional sanitario por los cuales ha de responder.

⁵³. A veces se denomina también deber de «eficacia» (FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad...*, p. 71; ROMERO COLOMA, *La medicina...*, p. 100; SÁNCHEZ GÓMEZ, *Contrato...*, p. 41), o de «cuidados» (LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, p. 47, que reserva la denominación de competencia como sinónimo de competencia o capacidad profesional, es decir, la «pericia»).

⁵⁴. Según ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 22), es una constante en los Códigos deontológicos de la profesión médica el reconocimiento de una serie de deberes del profesional sanitario que se relacionan con lo que aquí llamamos deber de competencia. Así, el Código Internacional de Ética Médica (adoptado en 1949 y enmendado en 1968 y 1983), establece el deber del médico de prestar a sus pacientes «un servicio médico competente». Entrando en mayores detalles, el Código de Ética y Deontología Médica de 1990 incluye como deberes a los que queda sometido el médico la prohibición de perjudicar intencionadamente al enfermo o

que prácticamente engloba en sí la totalidad de los tres componentes (científico, artesanal y humano) de la *lex artis*.

2. A fin de facilitar su estudio, vamos a analizar por separado las diversas obligaciones en que tal deber se desglosa, poniendo de relieve su incidencia respecto de las acciones de responsabilidad aquí estudiadas:

2.3.1.1. El contenido básico y la precisión de sus límites

2.3.1.1.1. Enunciado de este deber y concreción a lo largo del proceso de diagnóstico

1. El contenido básico de este deber consiste en que el profesional sanitario, que ha de dominar los conocimientos y técnicas que conforman el lado teórico de la *lex artis*⁵⁵, queda obligado a adecuar su comportamiento en el desarrollo de la prestación sanitaria a este saber científico y a los remedios conocidos. Debe, pues, adoptar todas las medidas que le sean exigibles, conforme al estado de la ciencia y la técnica (métodos de examen, reconocimiento y diagnóstico), para evitar los daños conocidos que amenacen al paciente⁵⁶.

2. Este comportamiento competente ha de desplegarse a lo largo de todo el acto médico, lo que obliga al profesional sanitario a desarrollar en cada una de las fases del mismo las actuaciones exigidas por la *lex artis*.

Definir cuáles son éstas en el caso de un diagnóstico preconceptivo o prenatal es relevante de cara a la afirmación de ciertos comportamientos negligentes que pueden dar lugar a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Veámoslo a grandes rasgos:

atenderlo negligentemente (artículo 4.4), la eficacia en el trabajo y el rendimiento óptimo (artículo 5.1), la atención médica de calidad científica y humana, empleando los recursos de la ciencia médica según el arte médico del momento (artículo 21.1), el deber de actualización de conocimientos (artículo 23), etc.

⁵⁵ . Esta obligación de conocimientos, calificada por algún autor como pericia (GONZÁLEZ MORÁN, *op. cit.*, pp. 84-86), y que en ocasiones, en su faceta negativa como «impericia» (definida por BADOSA COLL como la «ignorancia por el deudor de unas determinadas reglas técnicas, que da lugar a la infracción del modelo de conducta profesional», *Diligencia...*, p. 802), ha tratado de distinguirse innecesariamente de la culpa (a pesar de que se reconoce en general como un tipo particular de ésta, según ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 281; LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, p. 226 e YZQUIERDO TOLSADA, *Profesional liberal...*, pp. 284-286), no va a ser analizada aquí de forma separada. El motivo es que el comportamiento negligente suele provenir de la aplicación práctica de los conocimientos (aunque se justifique en un desconocimiento teórico). De hecho, según ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, p. 166), no es una obligación con sustantividad propia, pues se trata de una aptitud que se le presume al profesional.

⁵⁶ . Para nuestro Tribunal Supremo, hay negligencia en caso de actuación que revele el desconocimiento de los deberes que derivan del estado de la ciencia médica (SSTS, entre otras, 11 de marzo de 1991 y 23 de marzo de 1993). Igualmente, entre la doctrina, ponen de relieve este deber BADENAS CARPIO (*op. cit.*, p. 258) o GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, pp. 18-19), así como, en Alemania, DEUTSCH (*Arztrecht...*, p.

3. La iniciativa del sometimiento a diagnóstico preconceptico o prenatal no siempre parte del paciente, sino que en ocasiones proviene del profesional sanitario, que a raíz de la atención de un paciente —supuesto, pues, de diagnóstico indirecto—, observa la conveniencia de la realización de esta prestación, generalmente con fines preventivos. En este contexto, puede calificarse de negligente el comportamiento omisivo del profesional que no aconseje a su paciente el sometimiento a este tipo de diagnósticos⁵⁷. De hecho, esta calificación podrá producirse incluso, cuando se trate de un diagnóstico preconceptico, ya que, pese a la menor frecuencia de tales diagnósticos en la práctica de nuestro país, se trata de una disciplina actualmente integrada en la práctica médica⁵⁸.

Ahora bien, la ausencia de consejo acerca de la conveniencia de la práctica de estos diagnósticos no es por sí sola suficiente para calificar de negligente la conducta. El alto número de enfermedades o dolencias previas al nacimiento desaconseja requerir como comportamiento diligente este examen previo respecto de toda pareja, incluso aunque se restrinja a un contexto reproductivo⁵⁹. Por ello, la calificación del comportamiento omisivo como negligente ha de reducirse en estos casos al supuesto de que concurrieran en el paciente indicadores de riesgo cognoscibles para el profesional sanitario de acuerdo con el estado de la ciencia (elevada edad de la madre, antecedentes familiares de descendientes

36: «der Arzt hat den Patienten nach dem aktuellen Standard der medizinischen Wissenschaft zu untersuchen und zu behandeln»).

⁵⁷. Tanto EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, pp. 42-43), como ROMEO CASABONA («Aspectos...», pp. 156) recogen como posible vía de acceso a este tipo de diagnóstico la recomendación médica e indican la posible reclamación de responsabilidad cuando no se aconseja la práctica del mismo ante la presencia de antecedentes de riesgo, tanto en un concepto preconceptico, como prenatal (igualmente, GALÁN CORTÉS, *Consentimiento...*, pp. 326 y 328).

⁵⁸. La relativa novedad de esta disciplina médica y la falta de concienciación sobre su importancia han incidido tradicionalmente, según ROCA TRÍAS («La incidencia...», pp. 18 y 21), en su menor frecuencia. De hecho, desde una perspectiva médica constata BATTIN (*op. cit.*, p. 122) que es más frecuente el prenatal.

No obstante, diversos autores afirman que esta práctica se está incrementando en nuestro país, ante los avances científicos cada vez más numerosos y ante el menor impacto psicológico de este tipo de diagnósticos, frente a los prenatales (EMALDI CIRIÓN, *El consejo...*, pp. 15, 70, 90 y 96; PÉREZ-TENESSA, *op. cit.*, p. 50; ROMEO CASABONA, «Aspectos...», p. 158). Por ello, es posible que en el futuro esta proporción cambie. De hecho, en Estados Unidos este paso parece haberse dado desde el momento en que se destaca («Note...», p. 2021 y DICKENS, *op. cit.*, p. 84) que el avance médico en materia de predicción de riesgos prenatales ha incidido en la *lex artis* requerida al profesional, en la cual se integran la práctica de las pruebas apropiadas y el consejo a las mujeres sobre el riesgo de concebir un niño con defectos.

⁵⁹. Aproximadamente se conocen cinco mil enfermedades de origen genético, a las que han de añadirse otras posibles afecciones transmisibles por los progenitores, o que se producen durante el desarrollo fetal por la incidencia de agentes teratógenos. Tal extensión lleva a la mayor parte de los autores a limitar el ámbito de competencia del profesional sanitario en estos casos a la existencia de factores de riesgo. Según señala EMALDI CIRIÓN, cuando no se presentan indicios de riesgo, lo lógico es que no se produzcan problemas en el embarazo, por lo que la precaución de un diagnóstico preconceptico sería desmesurada (*El consejo...*, p. 90).

afectados por enfermedades o de parientes afectados, afecciones maternas durante el embarazo, origen racial, evolución obstétrica desfavorable, historial de abortos espontáneos y exposición a agentes teratógenos: hormonas, agentes químicos o farmacológicos, enfermedades infecciosas y radiación)⁶⁰. Si tales factores se encontraban presentes en el paciente, ha de considerarse que el comportamiento diligente del profesional consistiría en aconsejar la práctica de un diagnóstico a fin de constatar el estado de salud del embrión o feto o los posibles riesgos que amenazan a la descendencia futura⁶¹.

4. Ya en el contexto de una prestación de diagnóstico preconceptivo o prenatal, su fase inicial viene constituida por el reconocimiento del paciente y la elaboración de sus antecedentes e historial médico (lo que se denomina también como «anamnesis»). Ambas actividades, además de importantes⁶², son ámbitos potenciales en los que se puede producir un comportamiento negligente que conduzca a una acción de *wrongful birth* y *wrongful life*.

⁶⁰ . Para una referencia de los indicadores o marcadores de riesgo, ver BATTIN (*op. cit.*, pp. 121-122) y DE LA FUENTE y BAJO («Diagnóstico...», pp. 167-169). Tales factores son también recogidos por juristas como ANDREWS (*op. cit.*, pp. 154, 162-165) o EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, pp. 46-49).

⁶¹ . Esta restricción del parámetro de diligencia a la constatación de factores de riesgo tanto en el diagnóstico preconceptivo, como en el prenatal (que parece ser la *ratio decidendi* de la SAP de Cádiz de 17 de septiembre de 2002) es prácticamente unánime entre nuestra doctrina, así como en el extranjero. Comenzando por nuestros autores, destaca este problema DE ÁNGEL YÁGÜEZ por la dificultad de establecer en este contexto lo que hubiera sido aconsejable conforme a la *lex artis* (*Responsabilidad civil...*, p. 160; «La segunda...», p. 121 y «La tercera...», p. 195) y sugiere restringir la apreciación de la responsabilidad a lo que fuera «exigible», esto es, a los supuestos en los que existieran indicios suficientemente notorios como para considerar necesaria la actuación omitida («Diagnósticos II...», pp. 144-145). En este mismo sentido, GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, p. 259) hacen depender la responsabilidad de que se trate de procesos detectables, de que la paciente acudiese al control y que hubiese indicios suficientes, o petición razonada de la paciente para iniciar las exploraciones tendentes a detectarlas. Igualmente, EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, p. 40) y ROMEO CASABONA («Aspectos...», p. 168).

En el extranjero, esta idea, presente por ejemplo en HARRER (*op. cit.*, p. 161), se desarrolla especialmente en Estados Unidos. En concreto, destacan ANDREWS (*op. cit.*, pp. 162-165: «the characteristics that place a patient at a higher risk of having a particular genetic defect than the general population are key in determining whether the genetic test available for assessing a particular risk is sufficiently discriminating») y DEWITT ROGERS (*op. cit.*, pp. 715-716, 732-733, 749). Un ejemplo práctico lo ofrece el caso *Munro v. Regents of University of California*, en que se negó la responsabilidad del profesional que no advirtió el riesgo de la enfermedad de Tay-Sachs respecto de una pareja no originaria del Este de Europa (región en que tal desorden genético es especialmente elevado). Como señala SEYMOUR, no había nada que indicase que los padres se encontraban en un grupo de riesgo y se aceptó que sólo existía deber de practicar este tipo de pruebas si existían indicios al respecto (*op. cit.*, p. 97).

⁶² . La importancia de esta fase inicial es proclamada en general por los tratadistas de la responsabilidad médica (ALONSO PÉREZ, M., «La relación...», p. 45, GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO, *op. cit.*, p. 22; LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, p. 64 o por SEUBA TORREBLANCA, RAMOS GONZÁLEZ y LUNA YERGA, *op. cit.*, p. 5). Desde un punto de vista médico, tal idea es confirmada por BATTIN (*op. cit.*, p. 122-123) y CARRASCO («Exploración en el embarazo. Exploración de la embarazada», en *Tratado de obstetricia y ginecología*, Volumen I, Dirigido por J.A. Usandizaga Beguiristáin y P. de la Fuente Pérez, McGraw Hill Interamericana, Madrid 1997, p. 121).

- En primer lugar, en relación a la anamnesis, constituye un comportamiento negligente la elaboración de unos antecedentes o historial del paciente en que no queden reflejados los indicios de riesgo a partir de los cuales dirigir el diagnóstico preconceptico o prenatal. Tales indicios no sólo pueden determinar la necesidad de someter al paciente a un diagnóstico de los aquí estudiados, sino que, ya en tal contexto, sirven para dirigir o encauzar el curso posterior de la labor del profesional en el diagnóstico, acotando el ámbito dentro del cual éste se va a realizar⁶³. Su correcta identificación y plasmación en el inicio del proceso de diagnóstico es, pues, fundamental⁶⁴.

En el ámbito del diagnóstico prenatal, además, la correcta anamnesis es muy importante de cara a la calificación de un embarazo como de riesgo; calificación que determina el sometimiento del proceso de seguimiento del embarazo a un examen y control más minucioso que el de un embarazo normal⁶⁵.

⁶³. En el ámbito concreto de los diagnósticos preconceptivos y prenatales, la relevancia de estos antecedentes de cara a los casos de *wrongful birth* y *wrongful life*, especialmente en busca de signos de un incremento del riesgo, es destacada de forma general. Se indica, por ejemplo, en «Note...», p. 2021 nota 22; MALICIER, MIRAS, FEUGLET y FAIVRE (*op. cit.*, p. 259) o TROTZIG (*op. cit.*, p. 23); así como, entre nuestros autores, por EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, p. 51); GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, pp. 256-257); ROMEO CASABONA («Aspectos...», pp. 154 y 155) y PÉREZ-TENESSA (*op. cit.*, p. 52).

Como ejemplos prácticos de este tipo de negligencia, nos encontramos en nuestro país con el caso resuelto por la STS de 4 de febrero de 1999, donde el desconocimiento del hecho de que el progenitor trabajara en una central nuclear impidió calificar y tratar al embarazo como de riesgo (sometiéndolo a un procedimiento de seguimiento menos exhaustivo que redujo la probabilidad de detectar las malformaciones que sufría el feto). En tales circunstancias se justifica la afirmación de DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Responsabilidad civil...*, p. 179 y «La segunda...», p. 146-147), cuando sostiene que no concurre en el caso culpa de la doctora, ya que no le era razonablemente exigible la adopción de otra medida de diagnóstico. Ahora bien, esto sólo será así en caso de que la omisión del dato clave sea debido a una omisión del paciente.

Otro ejemplo se encuentra en Francia, en uno de los casos que resolvió la *Cour de Cassation* el 26 de marzo de 1996. Se trataba de una pareja que acudió a la práctica de un diagnóstico preconceptico para averiguar si su descendencia podía verse afectada del mismo mal que aquejaba al hombre. Los médicos negaron tal riesgo, si bien no preguntaron por los antecedentes familiares, siendo el caso que existía un hermano gemelo que sufría de igual defecto. Así lo destaca JONÁS (*op. cit.*, p. 16).

⁶⁴. Tal afirmación general es recogida claramente por GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, p. 73): «una historia clínica insuficiente o mal efectuada supone muchas veces el primer eslabón de una cadena de errores que pueden conducir a efectos negativos». Del mismo modo, señalan GIESEN (*International...*, p. 120); MALICIER, MIRAS, FEUGLET y FAIVRE (*op. cit.*, p. 115) y UHLENBRUCK y LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 437) que la anamnesis es la parte del diagnóstico y de la relación entre médico y paciente más importante y más difícil, fundamental para la elaboración del diagnóstico.

Del mismo modo, esta relevancia de los antecedentes queda destacada por la STS de 24 de noviembre de 1989 que establece la responsabilidad del profesional sanitario que no indagó suficientemente respecto de la causa de una herida sufrida por un menor, causa que hubiera sido relevante de cara a su tratamiento.

⁶⁵. Así, por ejemplo, señalan MALICIER, MIRAS, FEUGLET y FAIVRE (*op. cit.*, p. 260) que mientras que el seguimiento de un embarazo normal requiere exámenes mensuales, en caso de anomalías puede ser necesaria una mayor frecuencia u otras medidas especiales. Igualmente, en un embarazo normal se suelen practicar tres ecografías (semana 10ª a 13ª; 18ª a 20ª y 34ª a 36ª); en el embarazo de riesgo se practican más (GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 158). Sobre el protocolo del seguimiento del embarazo, ver GONZÁLEZ (*op. cit.*, pp. 156-160).

El profesional sanitario que desarrolle esta fase (generalmente un médico⁶⁶) ha de ser exhaustivo en el cuestionario planteado al paciente e indagar en todas las circunstancias relevantes de cara a un diagnóstico preconceptico o prenatal. Por tanto, ha de interrogar a la paciente sobre todos los indicios de riesgo⁶⁷. Si bien no se le puede obligar a forzar las respuestas del paciente, o a contrastar la veracidad de las mismas (por error u omisión del paciente), sí deberá realizar las preguntas necesarias. A partir de ahí, la falta de datos que sea debida a incorrecciones, omisiones u ocultaciones de información —conscientes o inconscientes— del paciente, no se le imputará al profesional sanitario⁶⁸, salvo que, por su parte, hubiera realizado el interrogatorio negligentemente y se pudiera afirmar una concurrencia en la causación del daño⁶⁹.

- En segundo lugar, resulta negligente no someter al paciente a un examen o control de su estado de salud, o realizarlo sin adecuarse a la *lex artis*⁷⁰.

⁶⁶. La exigencia de intervención médica en esta fase es resaltada por GALÁN CORTÉS (*Consentimiento...*, p. 609) y UHLENBRUCK y LAUFS (en LAUFS/ UHLENBRUCK, p. 437). La existencia de formularios o cuestionarios para la elaboración de los antecedentes no debería modificar este punto de partida. Aunque la elaboración de un cuestionario pueda simplificar la labor inicial de reconocimiento del paciente y convertirla en algo mecánico, un profesional sanitario de menor cualificación que el médico o facultativo puede desconocer la trascendencia de algunos de los datos consignados y no profundizar en el conocimiento de los datos relevantes. Por este motivo, ha de proclamarse como indelegable esta competencia del médico.

⁶⁷. Sobre contenido de la anamnesis y examen a la embarazada, ver CARRASCO (*op. cit.*, pp. 121-128).

⁶⁸. Así lo indica JONES (en KENNEDY y GRUBB, *Principles...*, p. 368), que hace depender la responsabilidad del profesional de la razonabilidad de su confianza sobre la declaración del paciente. Profundiza en ello GIESEN (*International...*, p. 121), el cual establece que esta confianza depende de la existencia o no de evidencia clínica que induzca a pensar lo contrario de lo indicado por el paciente.

En nuestro caso, el artículo 2.5 de la Ley 41/2002 proclama: «Los pacientes y los usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria», pese a lo cual los olvidos u omisiones por parte de los pacientes son frecuentes. Como ejemplos prácticos se han de citar, por un lado, el caso de la STS de 4 de febrero de 1999 (si bien en relación al mismo se desconoce si la falta de conocimiento respecto de la relación del progenitor con una central nuclear fue debido al silencio de los progenitores o a un defecto en el cuestionario previo a la atención y seguimiento del embarazo), así como el de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2000 (en que no fueron puestos de manifiesto por la madre antecedentes familiares de malformaciones y muertes en fase neonatal que podrían haber contribuido a diagnosticar la osteogénesis con la que nació el hijo de la demandante).

⁶⁹. Con esto nos referimos, por ejemplo, al olvido o rechazo de cuestiones pertinentes, la falta de profundización en relación a afirmaciones sorprendentes del paciente, o la ausencia de contraste entre el cuestionario con el objeto de la prestación sanitaria o los resultados del examen del paciente.

En este sentido, BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («4 de febrero de 1999...», p. 857) se plantea quién debe determinar el riesgo del embarazo (el centro sanitario o el paciente) y admite que aunque lo ideal sería que este deber recayese sobre los primeros, hay que asumir que esta solución no se corresponde con la *praxis*. Tales palabras, no obstante, no han de inducir a pensar que la conducta omisiva del paciente exonere en todo caso al profesional sanitario. De hecho, no hay motivo para tal exoneración cuando concorra su actuación negligente, aunque tal negligencia pueda ser difícil de apreciar en ciertos casos.

⁷⁰. La importancia de esta fase del diagnóstico y la negligencia derivada de su omisión es puesta de relieve por EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, p. 229); GIESEN (*International...*, pp. 121-122) y UHLENBRUCK y LAUFS

Tal comportamiento, relevante en general en todo diagnóstico –así como en el preconceptivo y en el prenatal–, adquiere una importancia especial en el ámbito del diagnóstico preimplantatorio, donde legalmente se establece la necesidad de ciertos controles previos del material genético empleado, respecto del donante y respecto de la usuaria⁷¹, así como la práctica de análisis sobre el preembrión fecundado que haya de implantarse en el seno materno de acuerdo con algunas de estas técnicas⁷². La omisión de tales controles previos, su realización parcial o, en general, negligente, puede constituirse en el origen del falso negativo frente a los usuarios de tales prácticas, en la medida en que impida la constatación del defecto en el material genético empleado o en el preembrión fecundado, cuando dicha constatación fuera posible de acuerdo con el estado de la ciencia y de la técnica.

Junto a ello, este comportamiento negligente también puede plantearse respecto del donante del material genético empleado al que no se le informe de los defectos en el mismo como consecuencia de la omisión de los controles necesarios o de su mala realización⁷³. En este caso, se podría plantear la acción de *wrongful birth* como un supuesto de diagnóstico

(en LAUFS/ UHLENBRUCK, p. 439). Y es que a través del examen o reconocimiento del paciente se pueden detectar también indicios de riesgo o posibles factores de incidencia sobre la descendencia futura. Piénsese, por ejemplo, en una malformación del útero materno que pueda incidir en el desarrollo del feto o embrión ya concebido y que pueda detectarse (sin perjuicio de la práctica de ulteriores pruebas) a través de un examen ginecológico; o piénsese en el supuesto de que en el curso del embarazo se detecten problemas –por ejemplo, pérdidas de líquido amniótico– que puedan indicar afecciones del embrión o feto y que requieran un examen fisiológico inicial a la progenitora.

En la práctica, un comportamiento diligente en esta fase podría haber evitado el caso Perruche (*Cour de Cassation* de 17 de noviembre de 2000), en que se obtuvieron dos diagnósticos contradictorios respecto de la posible afección de rubéola en la madre, que presentaba externamente síntomas de un contagio que deberían haber llevado al profesional sanitario a confirmar el diagnóstico.

⁷¹ . RD 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del registro nacional de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana. Esta normativa desarrolla la previsión que contiene la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, en su artículo 2.1.b, para las mujeres usuarias de estas técnicas, y en su artículo 5.6, para los donantes de material biológico; previsión que, según EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, p. 93 nota 126), no es siempre cumplida en la práctica.

⁷² . En este sentido, permite el artículo 12 de la ley 35/1988, con anterioridad a la implantación en el útero materno, la intervención sobre el preembrión vivo *in vitro* con fines diagnósticos, a fin de ver su viabilidad o de detectar enfermedades hereditarias. Destaca en este punto EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, p. 81) que dicha intervención conlleva riesgo de lesiones al preembrión –lesión que no se puede detectar previamente a la implantación, pues comprobar posteriormente el estado del preembrión llevaría a un nuevo diagnóstico preimplantatorio y, con ello, a un círculo sin salida–, por lo que se ha de complementar con diagnóstico prenatal.

⁷³ . El deber de información al donante sobre estas circunstancias está regulado expresamente en el artículo 6.3 del citado RD 412/1996: «en el supuesto de que un donante no fuera aceptado como tal, deberá conocer las razones que motivan su exclusión» (siendo motivo de exclusión, precisamente, la existencia de enfermedades genéticas, hereditarias o congénitas transmisibles: artículo 6.1).

indirecto de cara a su procreación futura (pues la prestación a la que se sometió en el procedimiento de donación no iba dirigida directamente a su reproducción).

5. En la fase de práctica de pruebas, la contrariedad con el deber de competencia se puede manifestar de forma muy diversa. De hecho, tal variedad se refleja en la materia aquí estudiada, en tanto que la fase de práctica de pruebas se constituye como el ámbito en que, con mayor probabilidad, se origina el falso negativo⁷⁴.

En concreto, los comportamientos negligentes se pueden plantear tanto como falta de prescripción de las pruebas necesarias y adecuadas a la situación de la paciente (de acuerdo con su situación y, en concreto, con los indicios de riesgo que se encuentren presentes en su caso)⁷⁵, como en materia de realización de dichas pruebas (sea en su práctica o

⁷⁴ . Como señalan GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, pp. 89, 163-164), los errores analíticos pueden generar errores diagnósticos y terapéuticos secundarios de imprevisibles consecuencias.

En estos comportamientos pueden intervenir muy diversos profesionales, pues dentro de la especialización y el reparto del trabajo al que se hizo referencia, la práctica de pruebas médicas es competencia de varios de ellos. Por un lado, existen especialidades médicas dirigidas específicamente a la práctica de ciertas pruebas (en concreto, el mencionado RD 127/1984, de 11 de enero, menciona las especialidades de análisis clínicos, bioquímica clínica y radiodiagnóstico). A ello ha de añadirse la posibilidad de que facultativos de otras especialidades lleven a cabo las pruebas necesarias para el desarrollo de su función (endoscopias, ecografías, ecocardiogramas...), bien por no existir otro profesional al que delegarlo, bien por disponer ellos en todo caso del instrumental necesario.

Por otro lado, estas pruebas pueden ser llevadas a cabo por los Técnicos en anatomía patológica y citología, Técnicos en diagnóstico clínico, o Técnicos en imagen para el diagnóstico (ver los respectivos apartados 2.1.1. de los Anexos de los RD 538/1995, 539/1995 y 545/1995, de 7 de abril). En defecto de éstos, también determinadas pruebas médicas pueden ser practicadas por los profesionales de enfermería, en la medida en que no excedan de su competencia (toma de tensión, análisis de sangre...); aunque la labor de estos últimos se restringirá generalmente a la práctica en sí y no a la interpretación del resultado (así parecen indicarlo GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO, *op. cit.*, p. 160).

⁷⁵ . La variedad de pruebas médicas que pueden realizarse en relación a un diagnóstico preconceptivo o prenatal es muy amplia. Como resume PÉREZ-TENESSA (*op. cit.*, pp. 50-51), las pruebas que pueden practicarse en fase prenatal son de tipo no invasivo (v. gr., ecografía, o análisis de sangre materna) o de tipo invasivo (fetoscopia, toma de muestras de vellosidades coriales, del líquido amniótico, o de sangre fetal del cordón umbilical). Igualmente, en el ámbito preconceptivo, las pruebas pueden ser de diverso tipo (desde análisis de sangre a toma de muestras celulares). Ver también al respecto, EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, pp. 133-139).

De todo este elenco de pruebas, el profesional sanitario ha de decidir cuáles prescribir, en atención a las necesidades del caso concreto y en atención a la fiabilidad de sus resultados (según ANDREWS, para valorar como negligente la omisión de una prueba poco fiable, los tribunales deberán juzgar la predictibilidad de la prueba no realizada, a fin de calificar como diligente o negligente el comportamiento omisivo del profesional sanitario en relación con el test en cuestión, *op. cit.*, pp. 165-166). Ahora bien, la referencia a las pruebas «necesarias» y «adecuadas» ha de ser entendida en su justa medida, como exigencia de la práctica sobre el paciente de todas las pruebas que, de acuerdo con la *lex artis*, requiera; pero sólo esas. No existe negligencia en la falta de prescripción de pruebas que no se adecuan a la situación del paciente o que no le son necesarias.

Con tal consideración en mente, se ofrecen en la práctica ciertos ejemplos de comportamientos negligentes. Tal es el caso, por ejemplo, de la STS de 7 de junio de 2002, en que se trataba de una mujer embarazada de 40 años de edad a la cual el profesional sanitario no le practicó ni le aconsejó practicarse una amniocentesis para controlar el estado de salud del feto [cuando a partir de los 35 años pasa a ser considerado de riesgo el embarazo y aumenta la probabilidad de concepción de hijos afectados por defectos genéticos de 1 por cada 2000 a 1 por cada 276, cifra que se incrementa cada año, llegando a 1 por cada 8 a los 49 años, DE LA FUENTE

toma de muestras, sea en la extracción del resultado, sea en su plasmación)⁷⁶. En cualquiera de estos supuestos se obtiene un resultado de la prueba que es erróneo, pues no se corresponde con el que experimenta el probando. En la medida en que el diagnóstico se elabore sobre tal resultado, éste será la causa del falso negativo.

De todas formas, hay que destacar que es también posible un fracaso de la prueba, pese a la existencia de un comportamiento diligente, bien porque la prueba en cuestión no sea fiable, bien porque circunstancias ajenas al control del profesional (caso fortuito o fuerza mayor) impidan a éste la obtención de un resultado correcto⁷⁷. En estos casos, la aplicación de un criterio de imputación basado en la culpa deberá llevar a la negación de la responsabilidad del profesional sanitario. La imputación subjetiva de la responsabilidad, por tanto, sólo será posible de acuerdo con criterios de objetivación de la responsabilidad o de responsabilidad objetiva (siempre y cuando, eso sí, se cumplan sus presupuestos).

y BAJO, «Exploración en el embarazo. Métodos de vigilancia del feto», en *Tratado de obstetricia y ginecología*, Volumen I, Dirigido por J.A. Usandizaga Beguiristáin y P. de la Fuente Pérez, McGraw Hill Interamericana, Madrid 1997, p. 142; «Diagnóstico...», pp. 167-168]. Pese a que el Tribunal Supremo no entró en esta sentencia en materia de culpa (rechazó la responsabilidad por falta de relación de causalidad), el comportamiento del médico ha sido calificado como negligente por BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002», CC/JC, 2003, (mg. 1614), p. 864). En esta misma línea, CASTILLO CALVÍN (*op. cit.*, p. 3) parece incluir dentro de estas situaciones los casos en que no se practican las pruebas apropiadas para cerciorarse del diagnóstico. En todo caso, como se aclara en el caso estadounidense *Basten v. United States*, es el profesional quien ha de proponer las pruebas, cuando son necesarias, no el paciente quien ha de solicitarlas.

⁷⁶. Con esto se hace referencia a una triple actuación que es constatable teóricamente en relación con la práctica de toda prueba médica (ver al respecto, GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO, *op. cit.*, pp. 160-161). Tal práctica se divide en tres fases, apreciables con mayor o menor claridad según el tipo de prueba médica de la que se trate: la fase de práctica de las pruebas (realización de la prueba mediante la técnica, instrumental o los aparatos que existen para ello), la fase de obtención del resultado (o fase de análisis propiamente dicha: preparación de la muestra sobre la cual se desarrolle la prueba, a través de las manipulaciones que sean necesarias) y la fase de interpretación y plasmación del resultado (traducción a valores u otro tipo de parámetros de las muestras obtenidas con la realización de la prueba y su puesta por escrito). Esta última actuación no debe confundirse con la valoración de estos resultados (identificación de la etiología de tales resultados), actividad que corresponde a la emisión de los diagnósticos; de ahí que MARTÍNEZ-CALCERRADA («Problemática...», p. 2) la distinga del diagnóstico de forma tajante.

El comportamiento negligente se puede manifestar a lo largo de cualquiera de estas fases. Los ejemplos, en realidad, son múltiples. Por citar uno por cada fase, constituye un comportamiento negligente desde la ignorancia de la técnica adecuada para realizar la prueba, pasando por la confusión de muestras o deterioro de las mismas, hasta el defectuoso recuento de los elementos de control.

⁷⁷. Por citar un ejemplo, como ya se indicó, en las pruebas ecográficas, sea cual sea su nivel de definición, el resultado que se puede obtener depende de factores ajenos a la pericia del profesional sanitario (la posición del feto, el estado del líquido amniótico...). Otro ejemplo lo ofrece la STS de 6 de junio de 1997 donde se relata que fracasó la prueba de amniocentesis practicada sobre la embarazada que reclamó posteriormente responsabilidad por *wrongful birth*. Tal fracaso no fue imputado al laboratorio que llevó a cabo la prueba, sino que se produjo al parecer por causas naturales de deterioro de la muestra.

6. La fase final de este proceso es la elaboración y la comunicación del diagnóstico. En dicha fase, la negligencia puede incidir en comportamientos muy similares a los ya analizados. La omisión de diagnóstico o su formulación negligente (entendiendo tal negligencia dentro de los límites que veremos a continuación), son los casos más frecuentes. Junto a ellos, la negligencia podrá encontrarse en el momento de la transmisión del diagnóstico al paciente, comportamiento que, sin embargo, analizaremos posteriormente en relación a la obligación de información.

2.3.1.1.2. La indeterminación de la ciencia médica como límite de este contenido básico. Replanteamiento del concepto de «falso negativo»

1. La calificación de un comportamiento profesional como negligente, en todos los casos anteriores, no sólo viene condicionada por la existencia de indicios de riesgo en el paciente, sino que además ha de ser matizada con arreglo al criterio que se va a analizar aquí y el que se indica en el apartado siguiente.

En el ámbito médico no todo se presenta en parámetros de blanco o negro; más bien el conjunto de los saberes o conocimientos científicos no siempre ofrece una única opción de actuación, sino que, muchas veces se limita a ofrecer diagnósticos diferentes o diversas vías para alcanzar el diagnóstico, que *a priori* resultan igualmente adecuadas. La medicina no es una ciencia exacta ni omnisciente y, por lo general, no ofrece más que un conocimiento básico que el profesional ha de tratar de adaptar al caso concreto⁷⁸.

2. Especialmente en materia de diagnóstico, ha de partirse de que generalmente no existe una única solución sino varias igualmente posibles y de que en muchas ocasiones la ciencia no ofrece más criterio que la experiencia y la prudencia del profesional para elegir entre ellas⁷⁹. Por ello, la elección debe dejarse a cargo del médico, que considerará, con

⁷⁸ . Ya destacaba hace tiempo el doctor Marañón y, más recientemente, PLAZA PENADÉS (*op. cit.*, p. 63), ROMEO CASABONA (*El médico...*, p. 4) o ROMERO COLOMA (*La medicina...*, p. 125), cómo en Medicina existen unos márgenes de apreciación o de indefinición. Por ello hay que tener en cuenta, como hacen ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 42) o FERNÁNDEZ COSTALES (*La responsabilidad...*, pp. 59 y 70), que el riesgo es consustancial al ejercicio de la *lex artis*, motivo por el cual en estos casos se parte, como ya se avanzó, de una obligación de medios y no de resultado.

⁷⁹ . Por este motivo, DE ÁNGEL YÁGÜEZ engloba los supuestos de diagnóstico en la información referida a opiniones («Responsabilidad...», p. 184). Así, la proposición de que la información o consejo es equivocada, es una simple premisa académica, pues se trata de un juicio de valor que pocas veces puede considerarse «seguro» (por lo relativo o subjetivo de las apreciaciones científicas o técnicas). Cuando se trata de extremos para cuya solución existen alternativas teóricas susceptibles de ser defendidas con razonabilidad, el que da la información no incurre en responsabilidad (p. 185). De hecho, según FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, pp. 105-

cierta libertad, cuál es la que, por sus conocimientos o su experiencia, le parece más probable o más adecuada a la situación del paciente⁸⁰. Si bien éste es el que tiene que permitir una determinada intervención (y para ello deberá informarle el profesional de las diversas opciones, así como la que él considera adecuada), la elección médica, aunque no plenamente libre, es realizada por el profesional médico, que es el que posee el conocimiento para ello⁸¹.

3. Esto ha de tenerse en cuenta a la hora de valorar como negligente una actuación médica que no logra el resultado esperado. El hecho de que esta elección no lleve de por sí a la curación no será motivo suficiente para calificar de negligente el comportamiento. Como ya se dijo, el error médico no es por sí mismo causa de imputación de la responsabilidad⁸². Por ello, la formulación de un diagnóstico erróneo en su contenido o la elección de un tratamiento inadecuado será negligente sólo en la medida en que en el caso concreto

106), «la responsabilidad termina allí donde empiezan las discusiones científicas [...] Cuando haya diferentes opiniones médicas aceptadas por diversos sectores científicos, el jurista debe cuidar de no inmiscuirse en ellas ni sentar, como principio de responsabilidad, el que el médico haya seguido cualquiera de tales teorías».

Esta última idea se destaca ampliamente entre la doctrina extranjera. En palabras de HAUBERICH (op. cit., p. 48): «der Arzt [darf] nicht Opfer eines Schulenstreits werden»; idea que secundan GIESEN (*International...*, p. 109); LUNNEY y OLIPHANT (op. cit., p. 167); MALICIER, MIRAS, FEUGLET y FAIVRE (op. cit., p. 104); MARKESINIS y DEAKIN (op. cit., p. 163). En el *Common law*, se aplica al respecto el llamado «test de Bolam» (caso *Bolam v. Friern Hospital Management Committee*), conforme al cual: «a doctor is not guilty of negligence if he has acted in accordance with a practice accepted as proper by a responsible body of medical men skilled in that particular art [...] merely because there is a body of opinion that takes a contrary view».

⁸⁰. Esta libertad de elección entre las diversas opciones de tratamiento o de método, denominada por ALONSO PÉREZ, M. como «libertad clínica» («La relación...», p. 39), se concede con cierta amplitud entre los autores alemanes. Destacan, entre otros, BERGMANN (op. cit., p. 91), DEUTSCH (*Arztrecht...*, p. 87) y LAUFS y UHLENBRUCK (en LAUFS/UHLENBRUCK, respectivamente, pp. 19 y 423, 456 y 938). El motivo reside, según OSTHEIDE (op. cit., p. 73), en que esta libertad es una condición necesaria para el desarrollo de la práctica médica. Dado que en medicina la mayor parte de las veces no se actúa sobre certeza científica, sino sobre criterios probabilísticos, la elección de una determinada vía y el éxito de la misma puede llevar a consolidar un determinado saber, o puede llevar a establecer un nuevo conocimiento, necesario para el progreso.

⁸¹. El límite de esta libertad se suele establecer en el principio del «camino más seguro» (ALONSO PÉREZ, M., «La relación...», pp. 38-39; BONASI BENUCCI, op. cit., pp. 309-310; DEUTSCH, *Arztrecht...*, p. 85; HAUBERICH, op. cit., p. 48 y UHLENBRUCK y LAUFS, en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 425), que a fin de cuentas remite a un límite de prudencia en la elección. Aunque pudiera pensarse que en realidad lo que debiera hacer el facultativo es ofrecer al paciente todos los diagnósticos posibles, tal práctica no sólo no le es exigible al facultativo, sino que tampoco es aconsejable (por ejemplo, porque confunde al paciente y frustra con ello el fin perseguido de aportarle información para que pueda decidir con libertad). Ante varias posibilidades, el médico ha de optar por la más prudente.

⁸². Así, según ATAZ LÓPEZ (op. cit., p. 310), cuando el error se deba a una equivocación en el juicio, no habrá responsabilidad; idea que se repite en general en el derecho comparado, donde se considera en general que el daño producido por la elección entre dos posibilidades válidas no determina la responsabilidad (VON BAR, *Vol. II*, p. 328). El diagnóstico en este sentido es el resultado de un juicio, como destaca PENNEAU (*Médicale...*, p. 72), y en sí mismo el error no puede ser una negligencia (salvo que sea de tal gravedad que así lo demuestre; *Médecin...*, p. 23).

ofreciera la ciencia médica una única solución, no cuando ofreciera varias posibles y el profesional sanitario opte por una de ellas⁸³.

Tal afirmación no supone, como en ocasiones se ha pretendido, limitar la responsabilidad del profesional a la negligencia grave⁸⁴, sino que de lo que se trata es de limitar la calificación de la negligencia en la emisión de un diagnóstico al supuesto en que no hubiera margen de juicio para el profesional, pues sólo en tales supuestos se puede hablar de un apartamiento de la *lex artis* (que en el resto de los casos permite, precisamente, el juicio). De lo contrario, se produciría una objetivación en materia de diagnóstico que no se corresponde con el carácter netamente valorativo de éste.

4. Este primer límite al deber de competencia es especialmente relevante en materia de diagnóstico preconceptivo o prenatal erróneo en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, donde la idea de un error en el diagnóstico ha de tener en cuenta si tal error proviene de una actuación negligente del profesional sanitario o si, por el contrario, deriva de una elección del mismo de entre las diversas posibilidades planteadas por la medicina.

Será un comportamiento negligente, pues, únicamente aquél que impida en cualquier fase del tratamiento la elaboración de un diagnóstico que pudiera haber sido emitido, o su corrección (cuando el diagnóstico correcto fuera posible, sin margen de duda).

⁸³. Así, declaran LE TOURNEAU y CADIET (*op. cit.*, pp. 756 y 757) y MALICIER, MIRAS, FEUGLET y FAIVRE (*op. cit.*, p. 112) que el límite se ha de fijar allí donde el diagnóstico sea claro o único (un hecho objetivo), o cuando en su formulación no actúe diligentemente el profesional. A estos casos deberán añadirse aquéllos en que la opción entre varios diagnósticos deriva de una negligente actuación del profesional que no realiza comprobaciones o exámenes tendentes a descartar alguno de ellos. Prueba de esto es la SAP Vizcaya de 9 de abril de 2001, que afirma la negligencia por no realizar exámenes y pruebas que ayuden a descartar alguno de los diagnósticos posibles.

⁸⁴. En el derecho francés sostuvieron la *Cour de Cassation* y el *Conseil d'Etat* en un inicio una doctrina a través de la cual se limitaba la responsabilidad médica al caso de *faute lourde*. Tal limitación es, sin embargo, rechazada unánimemente en la actualidad tanto dentro de ese país (MELENNEC y SICARD, *op. cit.*, p. 49; PENNEAU, *Médicale...*, pp. 50-56; LE TOURNEAU y CADIET, *op. cit.*, p. 755), como fuera de él (GIESEN, *International...*, p. 102), en parte por las corrientes favorecedoras de la víctima (ALLOITEAU, *op. cit.*, p. 26).

Esta doctrina, sin embargo, sí se aplica en el ámbito italiano, cuyo artículo 2236 del *Codice civile* señala que en caso de problemas técnicos de dificultad, sólo se imputará responsabilidad al prestador de servicios si actuó en fraude, dolo o grave negligencia. No obstante, este precepto carece de paralelo en nuestro Código civil (ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 293 o CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones...*, p. 134).

De hecho, entre nuestros autores, se niega una diferencia cuantitativa entre la culpa médica y la culpa general que haga descender el parámetro de diligencia (ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 292; CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones...*, p. 134; LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, p. 224; e YZQUIERDO TOLSADA, *Profesional liberal...*, pp. 280-281). Se rechaza, así mismo, todo intento de limitar la responsabilidad del médico a la culpa común y de exonerar la responsabilidad por culpa médica (ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 296), aunque algún autor restringe negligencia a los errores de notoria gravedad FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, pp. 191-193).

5. En esta valoración, sin embargo, hay que introducir un nuevo factor, propio de los diagnósticos preconceptivos y prenatales. En concreto, ha de tenerse en cuenta que en este tipo de diagnóstico generalmente el resultado sólo se puede presentar en términos de probabilidad de la afección sobre la descendencia futura, no sólo porque las pruebas no siempre ofrecen resultados fiables (lo que añade la dificultad a la hora de determinar cuáles han de practicarse de acuerdo con la *lex artis*), sino porque en muchas ocasiones únicamente se detecta un riesgo de afección de la futura descendencia que depende de unas combinaciones genéticas y biológicas meramente probables⁸⁵.

Por ello, lo que hasta ahora se ha llamado «falso negativo» ha de referirse exclusivamente a un diagnóstico en el que se informa de que no hay problemas en el embarazo, ni riesgos que amenacen a la futura descendencia; no, por tanto, a un diagnóstico que presente un porcentaje de probabilidad de que puedan presentarse tales riesgos. Tal diagnóstico no ha de considerarse como erróneo, por el mero hecho de reflejar un resultado exclusivamente en términos de porcentajes, pues es correcto en el contexto de que aquí se trata.

Sin embargo, sí se podrá hablar de falso negativo en tanto que el porcentaje reflejado no sea el que se corresponde con la realidad (por tratarse de un riesgo mayor al reflejado o por existir una verdadera certeza). En tal caso, existirá un comportamiento negligente en la medida en que, de acuerdo con la ciencia médica, fuera posible identificar el porcentaje de riesgo o la certeza del resultado, de acuerdo con la situación real (otra cosa será si, como veremos posteriormente, en estos casos es o no imputable objetivamente el daño).

2.3.1.1.3. El estado de la ciencia y de la técnica como criterio delimitador

⁸⁵ . Esto es reconocido por la doctrina que estudia el tema, que admite que se trata de diagnósticos menos exactos y en los que no siempre existe un ámbito de objetividad (DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad civil...*, p. 160, y «La segunda...», p. 121 y EMALDI CIRIÓN, *El consejo...*, p. 91).

Por poner un ejemplo, éste es el caso del llamado síndrome del cromosoma x-frágil respecto del que las pruebas en fase prenatal no son fiables al cien por cien, por lo que la intervención médica que no lo detecta en tal fase puede ser considerada diligente (criterio conforme al cual decidió el Dictamen del Consejo de Estado 3385/2000, de 21 de diciembre). Del mismo modo, en la detección de malformaciones, la STS de 4 de febrero de 1999, sostiene que las pruebas más especializadas no hubieran arrojado tampoco resultados fiables, sino que únicamente hubieran elevado hasta un 75% la posibilidad de detectar las malformaciones que afectaban al feto. Ahora bien, opina ROMERO COLOMA («La responsabilidad...», p. 117) que el hecho de que una prueba diagnóstica sólo proporcione un resultado en términos de probabilidad no resta trascendencia a su práctica, pues en todo caso permite a la mujer tomar una decisión sobre el aborto eugenésico.

1. El deber de competencia sólo requiere el manejo por el profesional de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de desarrollar la prestación⁸⁶.

2. Esto tiene como consecuencia que no se puede considerar negligente el comportamiento del profesional médico que no tuvo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos incorporados a la ciencia médica con posterioridad al acto médico desarrollado, ya que no forman parte del deber de competencia. La *lex artis* se conforma únicamente por los saberes y conocimientos universales integrados y asumidos por la ciencia médica, no por los que teóricamente pueda asumir en el futuro, pues el desconocimiento actual de los mismos impide que se pueda adecuar a ellos la conducta del profesional.

No se responde, pues, por el daño que proceda de los llamados «riesgos del desarrollo» entendido en un sentido amplio, es decir, como todo saber desconocido para la ciencia médica y la técnica⁸⁷. El profesional sanitario no se ve, por tanto, obligado a adecuar su comportamiento a aquello que la ciencia médica no conoce⁸⁸. Para ello, se ha de valorar la incorporación de un determinado saber a la ciencia a partir de criterios objetivos y no del criterio subjetivo de conocimiento o no por el profesional sanitario de estos saberes⁸⁹.

3. Esta excepción es especialmente relevante de cara a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, pues ha de tenerse en cuenta que, conforme al estado actual de la ciencia, no todas las enfermedades o defectos del niño son detectables hoy en día antes del

⁸⁶ . En este mismo sentido, entre otros, MARKESINIS y DEAKIN (*op. cit.*, p. 163: «[the professional] will be judged by the state of knowledge of the normal professional at the time of the alleged tort») o VON BAR (*Vol. II*, p. 329: «the crucial factor is the state of medicine when the treatment is carried out»).

⁸⁷ . Estos riesgos son definidos tanto por SALVADOR CODERCH y SOLÉ FELIU (*op. cit.*, p. 29), como por SALVADOR CODERCH, SOLÉ FELIU, SEUBA TORREBLANCA, RUIZ GARCÍA, CARRASCO MARTÍN y LUNA YERGA (*op. cit.*, p. 6), como «los causados por un defecto de un producto que no era reconocible a la luz del estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la comercialización del producto de que se trate» o «en el momento de llevarse a cabo la actividad causante del daño» (SALVADOR CODERCH y SOLÉ FELIU, *op. cit.*, p. 7) [en nuestro caso, en el momento de ejecución de la prestación sanitaria].

⁸⁸ . Se opta por exonerar de responsabilidad en estos casos al profesional ya que es dudosa la idea de que la imputación de responsabilidad en tales circunstancias sirva de incentivo a las inversiones en investigación y desarrollo, pues, como señalan SALVADOR CODERCH, SOLÉ FELIU, SEUBA TORREBLANCA, RUIZ GARCÍA, CARRASCO MARTÍN y LUNA YERGA, el efecto es también una mayor cautela y precaución a la hora de actuar en el tráfico (*op. cit.*, pp. 19-21). Por ello, su opinión, al igual que la de ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 47), es la de exonerar de responsabilidad en estos casos al profesional.

⁸⁹ . Tal objetividad es exigida por SALVADOR CODERCH y SOLÉ FELIU, que establecen el límite en el criterio de accesibilidad general por parte de la comunidad científica, valorada en términos objetivos (*op. cit.*, pp. 43-46 y 57). Posteriormente, junto a SEUBA TORREBLANCA, RUIZ GARCÍA, CARRASCO MARTÍN y LUNA YERGA, se pronuncian a favor de un criterio universal de conocimiento científico, pronunciamiento que atemperan a través de tres excepciones: la falta de publicidad en el marco de la comunidad científica o tecnológica, la publicación en una lengua o cultura inaccesible a la comunidad científica (*op. cit.*, p. 10) y la asequibilidad (sólo se incluyen los descubrimientos publicados en revistas o monografías especializadas: p. 15).

nacimiento. La excepción aquí vista, por tanto, excluye la negligencia de la falta de detección de enfermedades o defectos que no puedan ser diagnosticados preconceptiva o prenatalmente de acuerdo con los conocimientos de la ciencia médica, o respecto de los cuales no existan pruebas suficientemente fiables en sus resultados.

El profesional sanitario quedará exonerado de responsabilidad cuando acredite que en el momento del desarrollo de la prestación sanitaria la enfermedad o defecto no era cognoscible conforme al estado de los conocimientos, aunque posteriormente lo sea⁹⁰.

4. Tampoco se han de entender incluidos en el parámetro de la *lex artis* los saberes o conocimientos no asentados o constatados. Esto responde a un principio científico, por el cual únicamente la hipótesis comprobada tiene valor⁹¹. Por tanto, el profesional sanitario sólo deberá conocer y manejar los conocimientos ya integrados en la *lex artis* —aunque sean minoritarios o atípicos—, que deberá aplicar al caso concreto cuando existan indicios para su consideración, sin olvidar la libertad de elección de la que goza ante la existencia de diversas soluciones para el mismo problema.

5. Como reverso de estas excepciones, el profesional sanitario está obligado a una formación permanente⁹². El constante avance de la ciencia y la técnica amplía de forma

⁹⁰. Así lo establecen en concreto SALVADOR CODERCH y SOLÉ FELIU (*op. cit.*, pp. 53 y 63) para el supuesto de los riesgos del desarrollo entendidos en su concepto estricto (como aquéllos respecto de los que tras el desarrollo del acto médico se incorpora al acervo de conocimientos científicos el saber cuyo desconocimiento fue la causa del daño). La acreditación del desconocimiento objetivo en el momento de realización de la prestación impide la calificación de negligencia, aunque tal conocimiento exista a fecha de la reclamación (igualmente, SALVADOR CODERCH, SOLÉ FELIU, SEUBA TORREBLANCA, RUIZ GARCÍA, CARRASCO MARTÍN y LUNA YERGA; *op. cit.*, pp. 7 y 13).

⁹¹. SALVADOR CODERCH y SOLÉ FELIU (*op. cit.*, pp. 46-47) y SALVADOR CODERCH, SOLÉ FELIU, SEUBA TORREBLANCA, RUIZ GARCÍA, CARRASCO MARTÍN y LUNA YERGA (*op. cit.*, p. 10), en cambio, consideran que no se han de excluir las opiniones minoritarias, revolucionarias o excéntricas, ni es un requisito para la integración de un saber en la *lex artis* su articulación como teoría o su contrastación (de hecho, admiten las simples hipótesis). Lo único que excluyen estos autores son los procedentes de las pseudociencias, las conjeturas y especulaciones.

No obstante, este concepto es demasiado amplio y parece más adecuado limitarlo conforme a algunos parámetros. Una cosa es que este tipo de saberes minoritarios se hayan de entender integrados en la ciencia médica, en tanto que resulten acreditados, y otra que se exija que el profesional los conozca (lo que dependerá de su accesibilidad a la comunidad científica) y que los aplique (pues habrá que considerar a este respecto la libertad clínica del profesional sanitario).

⁹². Existe un consenso generalizado entre la doctrina nacional y extranjera respecto a la exigencia de este deber de formación del profesional sanitario que se recoge en diversos textos deontológicos (sirvan de ejemplo, el artículo 23 del Código de Ética y Deontología Médica, de 1990 y la Declaración de la Asociación Médica Mundial de octubre de 1987, sobre Autonomía y Autorregulación Profesional, cuando dice que es necesario para el médico supervisar los adelantos en la medicina científica). Sirvan, por todos, las palabras de ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 35): «dentro de la *lex artis* se encuentra la constante actualización de los conocimientos. Se trata, pues, de un concepto dinámico en constante evolución» y de OSTHEIDE: «[der Arzt muß] mit der Entwicklung der medizinischen Wissenschaft Schritt halten» (*op. cit.*, p. 72).

constante el parámetro del comportamiento debido, lo que obliga al profesional sanitario a un estudio constante para actualizar sus conocimientos y adecuarlos a los nuevos descubrimientos, las nuevas técnicas o remedios, dentro de unos límites razonables⁹³. Sólo cuando el profesional sanitario está «al día» puede conocer cuál es el estado de la ciencia que ha de aplicar, alcanzando con ello una cierta paridad entre el criterio objetivo y subjetivo de identificación del estado de la ciencia y de la técnica.

2.3.1.2. El contenido complementario

2.3.1.2.1. El seguimiento de protocolos y normativa médica

1. Si, como se advirtió, ya de por sí ningún parámetro de comportamiento es inmutable en el tiempo, en el contexto de las profesiones médicas esta característica se acentúa: el constante avance científico determina que el parámetro de la *lex artis* deba considerarse como eminentemente dinámico y en constante evolución. Esto no sólo obliga al profesional a actualizar sus conocimientos de forma constante, sino igualmente a que tal adecuación sea llevada a cabo por las normas que rigen la profesión.

2. Este punto de partida plantea la posibilidad de una disparidad entre el avance de los conocimientos que se han de considerar integrados en la ciencia médica y los protocolos o, en general, la normativa médica. Tal disparidad no sólo introduce la cuestión de cuál es el criterio que ha de seguir el profesional en estos casos —cuestión que se habrá de resolver conforme a lo visto anteriormente, respecto de la libertad clínica del profesional, en tanto que ambos criterios ofrezcan soluciones posibles⁹⁴—; sino, sobre todo, la de qué ocurre cuando la disparidad deriva en contradicción.

⁹³ . Como indica FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 176), de lo que se trata es de que el médico no ignore aquellos conocimientos normales y usuales dentro de la medicina actual, aun cuando fueran posteriores a la época de sus estudios. En esta línea, la doctrina acuerda en señalar que se ha de limitar este deber al ámbito de especialización de cada profesional, dentro del cual el profesional ha de manejar los últimos conocimientos y técnicas (LAUFS, en LAUFS/UHLENBRUCK, pp. 104-108 y 936; LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, p. 52).

El criterio de la razonabilidad es, de hecho, generalmente establecido como límite (DE CRUZ, *op. cit.*, p. 239; GIESEN, *International...*, p. 114 y JONES, en KENNEDY y GRUBB, *Principles...*, p. 353). Por tanto, se dice que no se puede esperar que los profesionales lean cada artículo, aunque sí que tengan en cuenta avisos reiterados en la prensa especializada.

⁹⁴ . A este respecto, no obstante, hay que señalar que cuando se trata del apartamiento de un protocolo, como práctica médica establecida en una determinada línea, la doctrina requiere mayor justificación (así, lo subrayan ALONSO PÉREZ, M., «La relación...», p. 45 o JONES, en KENNEDY y GRUBB, *Principles...*, pp. 348 y 350).

De hecho, no se trata de un fenómeno inusual. El constante desarrollo científico produce que nuevas técnicas y saberes sucedan constantemente a las ya establecidas (en palabras de MELENNEC y SICARD: «une

3. A los efectos que aquí nos interesan, hay que afirmar en este segundo caso que podrá considerarse negligente el error de diagnóstico producido por la aplicación de un protocolo o por el seguimiento de una normativa que se ha quedado anticuada y que se separa, por tanto, del estado de la ciencia y de la técnica⁹⁵.

El modelo de conducta ha de considerarse establecido prioritariamente por el acervo de conocimientos científicos y, por tanto, éste es el criterio que, en todo caso, ha de guiar la conducta del profesional⁹⁶. Éste, de acuerdo con su deber de competencia, ha de detectar la separación del protocolo o la normativa respecto del avance de la ciencia y de la técnica —en tanto que esté suficientemente cualificado para ello— y queda correspondientemente obligado desde el punto de vista de la diligencia a no ceñirse a un protocolo o a una normativa anticuada, cuando haya sido superada.

4. Pero, a la vez, este supuesto puede abrir la vía a otro tipo de comportamiento negligente, como es el de la institución o centro sanitario que mantiene o impone a los profesionales sanitarios que desarrollan para ella su profesión la normativa o protocolo de actuación contrario a la *lex artis*; comportamiento que se podrá incardinar dentro del «conjunto de deficiencias asistenciales» a partir del cual la jurisprudencia ha considerado en ocasiones la imputación de responsabilidad a las personas jurídicas por hecho propio⁹⁷.

technique unanimement admise à une certaine époque peut être catégoriquement rejetée très peu d'années après», *op. cit.*, p. 50). Si bien durante el periodo de transición ambas prácticas pueden ser igualmente adecuadas (como señala PENNEAU, *Médicale...*, pp. 83-84), y es en tal periodo en el que cabe la libertad —razonada y razonable— del profesional, una vez superada una técnica es el nuevo conocimiento el que cuenta.

⁹⁵. El ejemplo sería el de un profesional que no aplicara una nueva técnica de diagnóstico apropiada a la situación del paciente por no estar contemplada en el protocolo médico ordinario de diagnóstico preconcepcivo o prenatal seguido. La contradicción del protocolo con los conocimientos científicos se encontraría en el origen del comportamiento que produce el falso negativo; comportamiento que, por separarse de los dictados de la ciencia médica, ha de considerarse negligente.

En este sentido, ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 45) pone de relieve cómo un protocolo no siempre puede equipararse con el arte médico más correcto, precisamente por la razón aquí aludida: que puede quedar obsoleto o anticuado. Por ello, admite el autor que pueda ser correcto apartarse de los protocolos.

⁹⁶. En esta misma línea, GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, p. 22) sostienen que la *lex artis* debe estar por encima de normas y reglamentos e incluso de códigos deontológicos y profesionales, lo que implica que es ella el parámetro de conducta y no la norma o el instrumento en que se recoge en un momento puntual. Esta es la misma idea que late en la observación de GIESEN (*International...*, p. 109), cuando indica que el seguimiento de una práctica no siempre será diligente (ni reside la diligencia en la desviación de una práctica), sino que reside en sí misma.

⁹⁷. Cuando se trata de la Administración, sin embargo, tal responsabilidad parece que no se puede apreciar. De acuerdo con el artículo 139 LRJPAC, la responsabilidad administrativa requiere que el daño producido sea «individualizable» (concreto, residenciado directamente en el patrimonio del reclamante y que exceda de lo que pueden considerarse cargas comunes de la vida social: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 383-384). A partir de ahí, PARADA VÁZQUEZ (*op. cit.*, p. 649) considera que queda excluido el resarcimiento de daños derivados de medidas generales (se ha de concretar en el patrimonio del afectado, sin ser una carga

5. Un problema similar se puede plantear en relación al seguimiento de órdenes o indicaciones de los superiores jerárquicos por parte de los profesionales insertos en sistemas de organización vertical del trabajo⁹⁸. La solución, sin embargo, difiere ligeramente, por la posibilidad de aplicar a estos supuestos el principio de confianza, al que posteriormente nos referiremos en extenso⁹⁹.

Conforme al mismo, el punto de partida habrá de ser la negación de la responsabilidad del profesional que cause el falso negativo en seguimiento de una orden o directriz errónea procedente de su superior jerárquico, siempre y cuando el error no resultara manifiesto. En este caso, pues, la responsabilidad por el error de diagnóstico deberá reclamarse frente al emisor de la orden, como responsabilidad por hecho propio.

6. Para acabar con este apartado, hay que señalar que la negligencia puede plantearse también en el sentido contrario, esto es, por la ignorancia de los protocolos o de la normativa médica cuando sea ésta conforme a la *lex artis* (se omite una determinada actuación indicada en la práctica médica, que hubiera permitido el diagnóstico correcto del mal que afecta al niño o del riesgo que amenaza a la descendencia futura)¹⁰⁰. Tal negligencia, no obstante, se deberá calificar teniendo en cuenta si el apartamiento respondía igualmente a una opción ofrecida por la *lex artis*, o si estaba justificado en el caso concreto.

2.3.1.2.2. El deber de competencia y el término esencial en la prestación sanitaria

común que todos los administrados tengan el deber de soportar). Por este motivo parece que cuando el protocolo o la normativa contraria a la *lex artis* provenga de la Administración sanitaria, el hecho de mantenerlos vigentes no dará lugar a responsabilidad administrativa, en tanto se consideren como medidas generales que afectan a todos los administrados.

⁹⁸ . Esta similitud es puesta de relieve por GÓMEZ PAVÓN (*op. cit.*, p. 348).

⁹⁹ . Sin perjuicio de lo que luego se diga, hay que señalar brevemente que, como criterio de imputación objetiva —de especial relevancia dentro del ámbito médico—, el principio de confianza excluye la imputación de la responsabilidad a un determinado sujeto, cuando el daño ha sido cometido por otro sujeto en cuya competencia pudiera confiar válidamente aquél del que se niega la imputación (en palabras de SALVADOR CODERCH: «pese a que, por experiencia, todos sabemos que los demás pueden cometer errores, podemos confiar en que su conducta será correcta», *op. cit.*, p. 10). Cuando se produce la actuación de un profesional, posterior o coetánea a la de otro, aquél que no comete el daño puede quedar exonerado de la responsabilidad sobre la base del principio de confianza en la actuación del profesional. Así, los deberes de precaución de cada cual se establecen teniendo en cuenta que los demás también observarán los suyos. Únicamente cuando éste se demuestre claramente incompetente o cuando la actuación no entre dentro de su competencia se podrá excluir la aplicación de tal principio.

¹⁰⁰ . En un sentido similar, FINEL (*op. cit.*, p. 225) señala como uno de los supuestos de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* «du manquement du médecin aux règles inhérentes au suivi de la grossesse, de sa négligence en présence d'indices révélateurs d'une anomalie foetale ou encore de pratiques non conformes aux données actuelles de la science».

1. El deber de competencia obliga al profesional sanitario a aplicar los saberes y las técnicas conocidas en el momento oportuno. Las prestaciones médicas se encuentran sometidas en muchas ocasiones a términos esenciales, transcurridos los cuales la prestación deja de tener sentido; el plazo es, pues, tan importante como la prestación misma¹⁰¹.

2. Esta faceta del deber de competencia adquiere especial relevancia en relación con las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, en las que siempre existe un plazo límite — sea la concepción, sea el plazo de ejercicio de la facultad de aborto— tras el cual la actuación del facultativo deja de tener sentido¹⁰². La tardanza en las actuaciones debidas produce una omisión definitiva de información en los progenitores, que no conocen de la existencia de defectos en el *nasciturus* o riesgo para el *concepturus* a tiempo de adoptar la decisión sobre la concepción, o a tiempo de poder acceder a una decisión respecto de la interrupción del embarazo.

Más allá de este plazo, la detección del defecto o malformación o su riesgo antes del nacimiento carece en principio de trascendencia de cara a la calificación de la negligencia anterior (si bien, como se verá, este descubrimiento posterior puede tener relevancia en ciertos casos, especialmente cuando el error deriva de un diagnóstico preconceptico).

3. Sobre esta premisa, el juego del plazo límite con las diversas fases del proceso de diagnóstico produce un amplio número de potenciales comportamientos negligentes que son susceptibles de producir el falso negativo del que parten las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Así, según su posible orden de aparición, el origen del error del diagnóstico podría encontrarse en un consejo tardío de la práctica del diagnóstico preconceptico o pre-

¹⁰¹. Ya la tradición hipocrática había establecido que los medicamentos deben prescribirse y tomarse en tiempo y forma oportunos (*occasio temporis, anima medelae*). Como afirma ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 34), la conducta intempestiva del médico es contraria a una *lex artis correcta*; idea en la que también recae HURTADO MARTÍNEZ (*op. cit.*, p. 809). Entre la doctrina alemana, DEUTSCH (*Arztrecht...*, p. 88) equipara este cumplimiento tardío a la omisión de tratamiento en aquellos casos en que era requerida cierta prisa.

¹⁰². Así lo subraya en repetidas ocasiones la SAP de Cádiz de 17 de septiembre de 2002, que fija con claridad el límite temporal en la vigésimosegunda semana de gestación. Esta opinión parece recogerla también GARCÍA VARELA («El diagnóstico del síndrome de Down y la responsabilidad médica», *La Ley*, 1997 (D-266), p. 1776), cuando destaca que tan importante como una información correcta es su emisión a tiempo, y señala en concreto el supuesto del aborto. Entre la doctrina extranjera, destaca TROTZIG que en estos casos el tiempo es muy importante y, por ello, el profesional sanitario ha de advertir con tiempo a la mujer de la condición enferma del futuro niño, y ha de prescribir las pruebas necesarias con tiempo suficiente para obtener los resultados antes del transcurso del plazo (*op. cit.*, pp. 28-29).

natal; en la prescripción o realización tardía de las pruebas necesarias para el diagnóstico o, finalmente, en la formulación o comunicación tardía del diagnóstico¹⁰³.

En todos estos casos, la actuación negligente requiere, no obstante, que existieran indicios a partir de los cuales pudiera exigirse una actuación anterior, y que la realización de estos comportamientos pudiera ser, de acuerdo con la *lex artis*, anterior al transcurso del plazo relevante. Esta última precisión obligará a comprobar si la detección del mal o defecto habría sido posible antes de que los progenitores concibieran al niño, o si era posible anteriormente al plazo legalmente fijado para el aborto¹⁰⁴.

2.3.1.2.3. El control de la actividad

1. El deber de competencia obliga igualmente al profesional sanitario a controlar y vigilar el ámbito en el cual desarrolla su actividad, obligación ésta que, si bien parece tender hacia una cierta objetivación de la responsabilidad, no prescinde por completo de un criterio de negligencia. Así, se suele señalar que los daños producidos por defectos de control o de organización de la actividad son, en el fondo, comportamientos negligentes en un sentido amplio (*culpa in vigilando*). Por ello, en el marco de un sistema de imputación de

¹⁰³ . Todos estos comportamientos son calificados en general como negligentes por GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, p. 22), que aportan ejemplos de cómo se produce esta incidencia (pp. 31-32).

En la práctica, el riesgo derivado de estos comportamientos negligentes se concretó en un supuesto de *wrongful birth* en el caso estadounidense *Garrison v. Medical Center of Delaware Inc.*, en que se comunicó a una mujer el resultado de la amniocentesis en el tercer trimestre de embarazo, cuando no era posible ya el aborto. Pero no hay que irse tan lejos, pues el supuesto sobre el que resolvió la STS de 6 de junio de 1997 también tuvo en la comunicación tardía de los resultados de una prueba de amniocentesis su elemento principal (aunque en este caso lo que no se comunicó fue el fracaso de la prueba).

¹⁰⁴ . En un diagnóstico preconceptico, a pesar de que el plazo límite es la concepción, se ha de conceder un plazo razonable al profesional sanitario, sobre todo cuando, como señala BATTIN (*op. cit.*, p. 122), lo normal es que se acuda tarde a esta prestación sanitaria. No resultaría adecuado imputarle al profesional la responsabilidad por *wrongful birth* o *wrongful life* cuando entre el comportamiento médico y la concepción no hubiera mediado plazo material para advertir adecuadamente a los progenitores de la conveniencia de someterse a un diagnóstico preconceptico, realizar este diagnóstico o advertirles de los riesgos que se hubieran podido constatar a través de él. Se podría considerar que tal actuación constituye una asunción del riesgo por los progenitores o, incluso, como acto de tercero que interrumpe el nexo causal iniciado con el comportamiento del profesional sanitario.

Lo normal, de todas formas, es que transcurra cierto plazo entre el comportamiento médico y la concepción; no existe un límite máximo al respecto. De hecho, a veces el plazo es muy dilatado (cinco años, por ejemplo, en uno de los casos que resolvió la *Cour de Cassation* el 26 de marzo de 1996) y no por ello se excluye la indemnización, como afirma DEGUERGUE (*op. cit.*, p. 17).

Por lo que respecta al diagnóstico prenatal, la referencia a la posibilidad de realización del comportamiento con anterioridad al transcurso del plazo fijado (veintidós semanas, según el artículo 417 bis.1.3º Cp), ha de remitirse a la existencia de defectos o enfermedades cuya detección, conforme al estado de la ciencia, sea posible dentro de este plazo. Cuando el defecto solo pudiera ser detectado con posterioridad, no podrá considerarse negligente el comportamiento que no advirtiera de su existencia antes del mencionado plazo.

responsabilidad por culpa, no se hará responder al profesional sanitario por los daños producidos bajo su esfera de control que no fueran previsibles ni evitables, presupuesto éste que le diferencia, como se verá, de los sistemas objetivos u objetivados de responsabilidad.

2. Dejando al margen la responsabilidad que surge para el profesional por los daños ocasionados por el personal bajo su control —como supuestos de responsabilidad por hecho ajeno—, los comportamientos negligentes en relación a esta faceta del deber de competencia se plasman en dos ámbitos diferentes: material y funcionamiento de la consulta.

3. En primer lugar, en relación con el material o instrumental del que se vale el profesional sanitario para desarrollar su misión, la obligación de competencia se manifiesta en la exigencia de su mantenimiento en perfecto estado¹⁰⁵. La mala conservación, limpieza y cuidado son comportamientos negligentes, así como su uso inadecuado. Por ello, cuando sea este mal estado el que produzca el error en el diagnóstico preconceptivo o prenatal, el falso diagnóstico le será imputable al profesional.

La duda se plantea, sin embargo, respecto del error en el diagnóstico que provenga de un defecto intrínseco al material o instrumental empleado, duda respecto a la que no existe un acuerdo doctrinal ni jurisprudencial¹⁰⁶. Pese a ello, hay que inclinarse por un re-

¹⁰⁵ . FERNÁNDEZ COSTALES (*La responsabilidad...*, pp. 91-92) y MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, pp. 226-227) señalan que el profesional está obligado a tener el material adecuado para realizar su actividad de forma normal y a mantenerlo en correcto estado de funcionamiento.

Esta obligación, que compete inicialmente al médico o facultativo, suele ser asumida por los profesionales de enfermería cuando se produce un reparto de trabajo. Por otra parte, también se proclama este deber respecto de los diversos técnicos superiores anteriormente mencionados respecto del instrumental que emplean (artículos 2.1.2. de los Anexos de los RD 538/1995 y 539/1995, de 7 de abril).

¹⁰⁶ . Comenzando por la doctrina, existe por un lado una corriente doctrinal que afirma en estos casos la responsabilidad del productor o del fabricante (de acuerdo con los criterios fijados por la ley 22/1994), pero no la del profesional sanitario prestador de los servicios, pues no es un riesgo asumido el defecto del material empleado, ni se extienden sus obligaciones al control del producto (en este sentido, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *El régimen...*, pp. 401-411). Frente a ellos, por otro lado, se afirma la responsabilidad del prestador del servicio médico, bien sobre la base de la responsabilidad objetiva del artículo 28 LGCDU (DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Artículo 1902...», p. 637 y MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 480-483), bien sobre la idea de que se trata de un daño producido bajo el círculo de control del profesional —criterio de objetivación que es apropiado para un reparto contractual de riesgos, pero no para el extracontractual— (GÓMEZ CALLE, «El fundamento...», p. 1727), bien porque en tales circunstancias ha de considerarse al profesional sanitario como suministrador del servicio, sometido al régimen de la ley 22/1994 (PARRA LUCÁN, «La responsabilidad...», p. 1248).

Finalmente, como posición intermedia, mientras que MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, pp. 224-228) distingue entre los aparatos sofisticados (respecto de los que la responsabilidad depende del clausulado entre la empresa de mantenimiento y el profesional sanitario) y el resto (respecto de los que imputa la responsabilidad al profesional).

Por su parte, la jurisprudencia se ha mostrado vacilante. Así, mientras que las SSTs de 17 de abril de 1998 y 15 de noviembre de 2000 optan por una condena exclusiva al productor de los productos defectuosos, la STS de 24 de septiembre de 1999 opta por condenar igualmente al prestador del servicio —en el caso concreto, el INSALUD—. Ver al respecto, MARÍN LÓPEZ (*op. cit.*, pp. 477-483).

chazo de la imputación subjetiva de estos daños al profesional sanitario. La extensión de la responsabilidad en estos casos supondría una objetivación de la responsabilidad que no encuentra razón de ser en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, pues no sólo le imputaría un riesgo excesivo, sino que, además, le obligaría a realizar una serie de controles previos sobre el material que ha de emplear, para los cuales ni posee los medios adecuados ni está plenamente capacitado.

Tal imputación habrá de dejarse para el supuesto de que sea asumido expresamente este riesgo por el profesional en cuestión. En el resto de los casos, la responsabilidad por el daño derivado del defecto del producto se deberá reclamar frente a los sujetos que establece la Ley 22/1994 (ley que ha asumido la regulación de los daños ocasionados por cualquier tipo de producto tras la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, que incorpora la Directiva 1999/34 del Parlamento Europeo y del Consejo)¹⁰⁷.

4. Por otro lado, el material o instrumental puede dar lugar también a otro tipo de comportamiento negligente, cuando el error en el diagnóstico sea debido a la carencia de medios técnicos o humanos adecuados para el ejercicio de la profesión, de acuerdo con las características de la misma¹⁰⁸, o a la ausencia de personal especializado para su manejo¹⁰⁹.

La negligencia, sin embargo, no ha de identificarse en estos casos tanto en la falta de medios o de personal en sí —que, como se verá, se ha de atemperar en estos casos el parámetro de lo exigible en atención a la realidad económica¹¹⁰—, como en el hecho del trata-

¹⁰⁷. En este sentido, PLAZA PENADÉS (*op. cit.*, pp. 125-126) sostiene que el responsable último es el productor o fabricante del producto (aunque sea a través de la vía de regreso, como también parece sugerir GÓMEZ CALLE, «El fundamento...», p. 1727); y SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p. 127) proclama que los daños debidos a defectos en la construcción del material son responsabilidad del fabricante, a diferencia de los daños producto de la manipulación incorrecta. De hecho, empleando criterios de análisis económico del derecho, en estos casos es el fabricante o productor el que con mayor facilidad podía haber evitado el daño (*cheapest cost avoider*), por lo que resulta más eficiente imputarle a él el daño.

¹⁰⁸. Como proclama ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 46), forma parte de la *lex artis* que el profesional «disponga de los medios técnicos e instrumentales precisos para llevar a cabo con garantía de éxito el ejercicio de su arte. Sin ellos, o con ellos, pero anticuados o en mal estado, es imposible que la pericia médica sea eficaz. En el mundo actual, no puede haber una *lex artis* correcta sin los instrumentos técnicos y modernos precisos». En igual sentido, FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 183), GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, p. 22), LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, p. 50) o SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p. 125), así como, entre la doctrina extranjera, KENNEDY y GRUBB (*Medical...*, p. 332) y PENNEAU (*Médicale...*, p. 284).

¹⁰⁹. Ver al respecto la doctrina alemana y, en concreto, BERGMANN (*op. cit.*, p. 11), DEUTSCH (*Arztrecht...*, p. 119), o GIESEN (*International...*, p. 68).

¹¹⁰. De hecho, es interesante en este sentido cómo BERGMANN limita tal deber según el tamaño de la consulta o institución sanitaria (*op. cit.*, p. 10) o UHLENBRUCK y LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 468) matizan el deber de tener aparatos de última generación. Como se analizará posteriormente, la carestía de determinado instrumental y la limitación de los medios económicos de los que disponen los profesionales sanitarios y las instituciones hospitalarias públicas y privadas determinan una limitación en el material y personal del que

miento del paciente en tales condiciones. El comportamiento diligente en estos casos consiste en no llevar a cabo la prestación, salvo circunstancias excepcionales o de urgencia; pero tal omisión ha de completarse con una información al paciente de las deficiencias de instrumental o personal necesario para su correcto tratamiento, así como de la posibilidad de acceder a tales medios en otros centros o con otros profesionales, incluso aunque éstos se encuentren en el extranjero. Se trata, en definitiva, de informar al paciente de cuál es el estado de la ciencia y dónde puede acceder a la atención que precisa¹¹¹. Será por tanto el paciente el que asuma el riesgo del fallo del diagnóstico en tales circunstancias o se dirija al profesional o centro adecuado para su tratamiento.

Trasladado esto a nuestro ámbito, se deberá considerar negligente la conducta del profesional sanitario que, sin advertir al paciente, se abstenga de la práctica de una determinada prueba o de la aplicación de un procedimiento que fuera necesario en el caso concreto, por el hecho de no disponer del instrumental o personal adecuado. El profesional no puede tratar de exonerarse de responsabilidad sobre la base de que no disponía del material preciso, pues en tal caso debía haber informado de ello al paciente, para que decidiera si asumir el riesgo de un diagnóstico incompleto o acudir a otro centro¹¹².

pueden disponer. No es posible dotar a todos los profesionales médicos del material necesario para equiparar su actuación al estado teórico de avance de la ciencia y de la técnica. Es una realidad, pues, que los medios limitados inciden en la actuación sanitaria.

Por este motivo, el deber de disponer de un instrumental adecuado se ha de reducir al material mínimo para realizar la actividad de que se trate, complementado con el deber de remisión al profesional o centro adecuado cuando sea necesario personal o instrumental especial. En este sentido, son diversas las normas que contienen catálogos de instrumental necesario para el ejercicio de la actividad médica. Como ejemplo, en el ámbito que aquí nos ocupa, el RD 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo establece el material y espacio necesario para la posible acreditación de centros para la práctica del aborto, o para poder emitir los certificados requeridos por el artículo 417 bis.1.3º Cp.

¹¹¹. El Código de Ética y Deontología Médica de 1990 recoge este deber en el artículo 21.2, al prohibir al médico que realice actuaciones que queden fuera de su capacidad, imponiéndole el deber de proponer otros profesionales que sí estén capacitados. Más allá de esto, el artículo 5.2 del mismo texto obliga, además, a denunciar estas deficiencias en tanto que puedan afectar a la correcta atención de los pacientes.

Por otra parte, el deber complementario de remisión es destacado por diversos autores, en el sentido que aquí se hace. Entre ellos se encuentran, ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 46); FERNÁNDEZ COSTALES (*La responsabilidad...*, p. 71); FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 179) o SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, pp. 127-131). Entre la doctrina alemana, señala GIESEN en concreto que un hospital no debe aceptar más pacientes de los que puede tratar, pues ello conlleva un incremento del riesgo para la salud del paciente (*op. cit.*, p. 64).

En este sentido, el artículo 12.1 de la ley 41/2002 establece la elaboración de una especie de catálogo de cada centro sanitario («servicios y unidades asistenciales disponibles, su calidad y los requisitos de acceso a ellos»), para que, en combinación con el 12.2 (obligación de mantener una guía de todos los centros públicos), pueda el paciente optar desde un principio por aquél que más le convenga.

¹¹². Como ejemplo, ofrece GALÁN CORTÉS el caso de ciertas técnicas de diagnóstico preimplantacional por las cuales se permite diagnosticar determinadas enfermedades monogénicas (fibrosis quística, talasemia, dis-

5. El deber de control de la actividad también se manifiesta, como se ha anunciado, en relación al funcionamiento de la consulta médica o institución sanitaria. De hecho, en los últimos tiempos se ha tendido a establecer como actuaciones negligentes las relacionadas con fallos en el sistema sanitario (tanto público, como privado), negligencia que se aprecia especialmente dentro de la tendencia a la ampliación y objetivación de la responsabilidad de las personas jurídicas —en el contexto de un favorecimiento de la posición de la víctima cuando no puede identificar un agente del daño— y que crece especialmente con el aumento de la complejidad de las relaciones y la organización médica¹¹³.

Los ejemplos de este tipo de comportamientos son muy numerosos. Por citar algunos, se ha apreciado la negligencia ante la descoordinación entre diversas secciones de un centro médico¹¹⁴, la restricción del empleo de determinadas técnicas o procedimientos¹¹⁵, o las famosas listas de espera, que retrasan la prestación sanitaria más allá de lo aconsejable conforme a lo indicado por la *lex artis*¹¹⁶.

En el marco de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, concretamente, estos fallos de organización pueden tener trascendencia en diversas circunstancias, algunas de

trofia miotónica, síndrome del X-frágil) y otras ligadas al sexo (hemofilia, distrofia muscular de Duchenne y de Becker, retinitis pigmentosa, síndrome de Bruton...), respecto de las que: «son escasos los centros sanitarios que realizan estas técnicas». Ahora bien, señala el autor que, ante tal circunstancia, el profesional diligente deberá informar a los futuros padres de la existencia de estas técnicas, aunque no disponga de ellas, para que los progenitores puedan optar por su práctica en otro centro (*Consentimiento...*, p. 343).

¹¹³. En este sentido, encuadraba Díez-PICAZO («La responsabilidad...», p. 733) esta tendencia dentro de un paso de la responsabilidad personal a la responsabilidad colectiva; esto es, el cambio de la idea de responsabilidad desde una basada en la culpa del actor a otra centrada en la persona de la víctima. Así, como destaca SEUBA TORREBLANCA, RAMOS GONZÁLEZ y LUNA YERGA (*op. cit.*, p. 2), la responsabilidad por el funcionamiento anormal de las unidades administrativas mejora la posición de la víctima, pues «no tiene que identificar al concreto sujeto que ha cometido el error causante del daño».

Esta tendencia se encuentra también presente en los países de nuestro entorno, según lo estudia GIESEN (*International...*, pp. 47). Así, en concreto, en Alemania declaran la responsabilidad por defectos de organización, entre otros, BERGMANN, (*op. cit.*, pp. 6-8) o DEUTSCH (*Arztrecht...*, pp. 36, 111, 155).

¹¹⁴. Indica en este sentido GIESEN (*International...*, p. 150): «if there is a breakdown of communications between physicians and hospital departments owing to defects in their established procedures or to a lack of "feed-back" between them, then once again the patient should not suffer as a result».

¹¹⁵. Con esto se hace referencia, dentro de la medicina pública, al hecho de que los médicos generalistas tengan restringidas las pruebas que pueden prescribir a sus pacientes, que han de ser remitidos a tales efectos a especialistas o centros hospitalarios (así, GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO, *op. cit.*, p. 25). Pero igualmente existen ejemplos en la sanidad privada, en concreto en el caso de las aseguradoras médicas, donde es frecuente que la prescripción de pruebas por parte de los profesionales que integran tal plantilla se vea condicionada a su autorización por parte de la entidad aseguradora.

¹¹⁶. Según GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, pp. 33-34), la masificación de las consultas puede llevar a que en la práctica puede producirse una demora de hasta ocho meses para la práctica de una ecografía. Es fácil de comprender que si esto es realmente así, las acciones que aquí nos estamos cuestionando pierden su sentido, pues la falta de detección del problema antes del transcurso del plazo fijado por la ley para que la

ellas (como las relacionadas con los retrasos), ya examinadas. En este punto, sin embargo, interesa destacar los fallos que pueden incidir sobre el historial clínico, documentación cuya elaboración se produce generalmente a través de la coordinación de diferentes profesionales o secciones de una determinada institución.

En tanto que esta historia clínica se integra generalmente del material sobre el cual trabajan los facultativos, resulta un material fundamental para la emisión del diagnóstico¹¹⁷. A esto se ha de añadir que es grande la probabilidad de comportamientos negligentes en este campo (v. gr., omisión del contenido necesario de la historia, reflejo incompleto o incorrecto de los datos, pérdida total o parcial, confusión en el archivo, o deterioro¹¹⁸), no sólo porque en ella intervengan diversos profesionales, sino sobre todo porque se trata de una actividad muy frecuente (se produce cada vez que un sujeto acude a un centro o a un facultativo distinto de aquéllos donde anteriormente se le haya tratado¹¹⁹). Por ello, cuando

madre pueda acudir a la interrupción voluntaria del embarazo pasa de ser la excepción a la regla general. Sin embargo, si bien hay que admitir la existencia de listas de espera, no todos los casos son tan extremos.

¹¹⁷. Recientemente, el artículo 3 de la Ley 41/2002 ha definido la historia clínica como: «el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial». Su contenido comprende (artículo 14.1) «el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos en el ámbito de cada centro».

Con ello, como destaca ROMEO MALANDA («Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes, Parte I», *Diario La Ley*, 23 de enero de 2003, p. 3), se procede a la primera regulación específica de la historia clínica, hasta ahora no regulada de manera uniforme. La proliferación en los últimos años de normas autonómicas al respecto había ido construyendo un sistema de documentación clínica con criterios no siempre homogéneos. De ahí que se valore como positiva esta regulación.

¹¹⁸. Al margen del contacto que pueda tener cualquier profesional con la historia médica de un paciente, en concreto, las labores de manejo, almacenamiento y control de documentos en el ámbito científico son llevados a cabo principalmente por dos tipos de profesionales sanitarios, allí donde presten su labor: los Técnicos Superiores en Documentación Sanitaria (apartado 2.1.3. del Anexo del RD 543/1995, de 7 de abril) y, en su ausencia, los profesionales de enfermería. Por ello, serán estos profesionales los que, en su caso, desarrollarán comportamientos negligentes en este ámbito con mayor probabilidad.

¹¹⁹. Aunque sería conveniente una centralización de los datos médicos, de manera que se estableciera una única historia clínica de cada paciente a la que pudiera tener acceso cualquier facultativo que se relacionara con él, y aunque tal situación se correspondería con la finalidad que le otorga a la historia clínica el artículo 15.2 de la Ley 41/2002 —como instrumento para facilitar la asistencia sanitaria—, tal centralización es actualmente un *desideratum*. La dificultad de concentración de los datos (por la descoordinación de los sistemas manejados en cada centro o consulta médica y por el volumen de los datos) lo impide. De todas formas, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 41/2002 prevé la futura implantación de un sistema de compatibilidad de las historias clínicas que posibilite su uso por los centros asistenciales de España que atiendan a un mismo paciente, a fin de evitar repeticiones innecesarias de pruebas o de datos.

Por el momento, sin embargo, lo que existe es una pluralidad de historias clínicas de cada paciente, centralizadas en cada centro sanitario en que se haya atendido al paciente (como exige artículo 15.1), o en cada consulta particular (artículo 17.5). En ellos se ha de conservar y archivar tales historias de forma que se garantice tanto su seguridad como su correcta conservación y la posibilidad de recuperación de la información (artículo 14.2) y de acuerdo con los criterios de unidad e integración (artículo 15.4).

el falso diagnóstico sea debido a defectos en la historia clínica —es decir, cuando el error en la historia clínica sea precisamente aquél que da lugar al falso negativo— y estos defectos provengan del ámbito de la consulta profesional o del centro sanitario —no de una conducta concurrente del paciente¹²⁰—, podrá serle imputado subjetivamente la responsabilidad al titular del mismo, por un fallo de organización.

2.3.1.2.4. Los límites de la propia competencia

1. Como última faceta del deber de competencia, el profesional sanitario debe saber reconocer cuáles son los límites de su competencia y de su conocimiento, adecuando a ellos su actuación. Este principio sencillo, derivado de la pluralidad de profesiones médicas y de la especialización de cada una de ellas en una determinada actividad, obliga al profesional de diversas maneras:

2. En primer lugar, el profesional ha de saber reconocer la mayor cualificación —sea por su mayor preparación, o sea por su especialización en un ámbito concreto— de otros profesionales. Esto le obliga además a seguir sus indicaciones (órdenes, informes...) en el ámbito de actividad en que tal cualificación sea superior. En tal contexto, el error derivado del seguimiento de tales indicaciones no le será imputable, de acuerdo con el principio de confianza —dentro de sus límites, que posteriormente veremos—, al profesional de menor cualificación, sino al especialista. Pero sí será imputable a este primero el error que derive de la desatención a estas indicaciones, pues dicha desatención ha de ser considerada como conducta negligente cuando proviene de un profesional menos cualificado¹²¹.

3. En segundo lugar, el profesional que conozca de su falta de capacidad en la materia sobre la cual requiere atención el paciente ha de remitir a éste a otro profesional más capacitado o especializado (siempre que tal remisión sea posible)¹²². Una actuación que

¹²⁰ . Con ello nos referimos a la posibilidad de que el defecto en la historia sea debido a la actuación del paciente (v. gr., cuando sea éste el que posea ciertos datos que haya de presentar para examen o valoración por parte del profesional sanitario que lleva a cabo la atención sanitaria). En tal caso, se podría plantear la diligencia del profesional sanitario encargado de la llevanza y custodia de la historia clínica (siempre y cuando no concorra su negligencia a la hora de reclamar o custodiar tales datos).

¹²¹ . Así lo apuntan ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 46) y FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 277), que exceptúan del comportamiento negligente las órdenes o indicaciones claras o manifiestamente erróneas.

¹²² . Así lo reconocen los textos de ética y deontología profesional. Entre ellos, el Código Internacional de Ética Médica (adoptado en 1949 y enmendado en 1968 y 1983), recoge el deber del médico de llamar a otro médico cualificado en la materia, cuando constate que el examen o tratamiento sobrepasa su capacidad.

exceda de estos límites denotará un comportamiento contrario a la *lex artis*, aunque sea en seguimiento de instrucciones u órdenes de quien organice el reparto de trabajo (sin perjuicio de que éste también deba responder, bien por una defectuosa organización de su actividad, bien por la delegación de competencias en sujetos no cualificados)¹²³.

4. En tercer lugar, el profesional queda obligado a desarrollar las tareas adecuadas a su cualificación y a no delegarlas en colaboradores no cualificados¹²⁴. La delegación de competencias conlleva riesgos para el paciente, motivo por el cual debe realizarse tras una cuidadosa selección del profesional en quien se delega, cuya cualificación debe ser suficiente para asumir la tarea que se le encomienda. Un comportamiento descuidado en esta materia podrá ser calificado como negligente¹²⁵.

Por otra parte, también deberá calificarse de negligente la delegación de tareas o deberes para los que únicamente está cualificado un profesional sanitario, en la medida en que esta delegación no se realice a otro profesional de igual cualificación¹²⁶.

Igualmente, en nuestro caso, el artículo 58 del Código Deontológico de la Enfermería Española y el artículo 5.1 del Código de Ética y Deontología Médica de 1990.

Pero la misma opinión se manifiesta entre la doctrina (entre otros, ALONSO PÉREZ, M., «La relación...», p. 46; FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, pp. 178-179; LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, pp. 227-228) que destaca este deber de recurrir a otros especialistas mejor preparados y de abstenerse de realizar actividades que sobrepasen su capacidad (tanto en general, como en el caso concreto). El pronunciamiento se repite en Francia (entre otros, MELENNEC y SICARD, *op. cit.*, p. 52 y PENNEAU, *Médicale...*, p. 48); en Inglaterra (JONES, en KENNEDY y GRUBB, *Principles...*, p. 372); y en Alemania (DEUTSCH, *Arztrecht...*, pp. 92-93; HAUBERICH, *op. cit.*, p. 48 y LAUFS, en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 936).

¹²³. En estos casos, al igual que en el supuesto de que no resulte posible la remisión, el profesional deberá atender al paciente, ya que esto es preferible a que quede abandonado (criterio que corrobora el artículo 21.2. del Código de Ética y Deontología Médica de 1990, cuando afirma la adecuación a la *lex artis* de la atención de un enfermo en situación de urgencia, aunque ello exceda la propia competencia); pero subraya LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, p. 342) que este profesional deberá señalar al superior la irregularidad.

¹²⁴. A ello se refiere de forma expresa el artículo 59 del Código Deontológico de la Enfermería Española (que prohíbe la delegación en otro miembro del equipo de salud de funciones propias para las cuales no están los demás debidamente capacitados); así como el artículo 36.2 del Código de Ética y Deontología Médica de 1990 («el médico respetará el ámbito de las peculiares competencias del personal que colabora con él, pero no permitirá que éste invada el área de su responsabilidad, cuando su actuación pudiera perjudicar al paciente»).

¹²⁵. Así lo señala BERGMANN (*op. cit.*, p. 45), que aconseja que el traslado de competencias a los asistentes se haga con cuidado y bajo el presupuesto de una cuidadosa elección de este personal por parte del principal (idea que comparte LAUFS, en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 950). Esto no supone negar la posibilidad de delegación, sino establecer como límite la cualificación de cada grupo profesional.

¹²⁶. Como ejemplos de estas tareas indelegables, han de citarse las competencias del médico de diagnóstico (anamnesis, examen del paciente, prescripción de pruebas y elaboración del diagnóstico) y prescripción del tratamiento, labores cuya dificultad, peligro o imprevisibilidad aconsejan su realización únicamente por un sujeto cualificado para ello. El hecho de la delegación en estos casos (así como en cualquier otro supuesto de delegación de una competencia propia de profesional sanitario en otro no cualificado para ello), indica ya un comportamiento negligente, como acuerdan en señalar GIESEN (*International...*, p. 42); LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 950) y UHLENBRUCK y LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, pp. 435-436).

5. En cualquiera de los casos anteriores, será imputable subjetivamente al profesional sanitario el error en el diagnóstico en materia de *wrongful birth* o *wrongful life* que derive de la extralimitación en los límites de las propias competencias, según se han descrito.

2.3.2. El deber de información

2.3.2.1. La doble perspectiva del deber de información y su distinta relevancia de cara a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*

1. El reconocimiento de este deber como integrante de la *lex artis* y como parámetro que debe cumplir la conducta diligente del profesional sanitario es una cuestión actualmente indubitada a todos los niveles¹²⁷. Conforme a este deber, cualquier profesional sanitario ha de comunicar al paciente todas las incidencias relacionadas con la atención sanitaria que desarrolle (diagnóstico y características de la enfermedad en cuestión, pronóstico, riesgos y tratamiento), con la finalidad de que este segundo pueda autodeterminar su conducta respecto de estas intervenciones, así como respecto de su vida en general. Es un deber, pues, que emana de la doctrina del consentimiento del paciente como presupuesto legitimador de la intervención sanitaria¹²⁸.

¹²⁷. Aunque ya desde hace tiempo lo reconocía el artículo 11.1 del Código de Ética y Deontología Médica de 1990 y posteriormente se contuvo en el artículo 10.5 y 10.6 LGS, actualmente se recoge en el artículo 2.6 de la Ley 41/2002, que lo establece para todo profesional que interviene en la actividad sanitaria.

Entre la jurisprudencia, es reconocido claramente como deber que emana de la *lex artis*, según LLAMAS POMBO, desde la STS de 25 de abril de 1994 («Sentencia...», pp. 1011 y 1013), a partir de la cual se proclama de forma indubitada tanto por el Tribunal Supremo (entre otras, SSTs de 11 de febrero de 1997, 16 de octubre de 1998, 13 de abril de 1999 y 12 de enero de 2001), como por la jurisprudencia menor (SSTAP de Baleares, de 16 de junio de 1994 y de 21 de enero de 1997; de León, 17 de junio de 1994; y de Asturias, de 10 de junio de 1998). Incluso, como señala GÓMEZ CALLE («El fundamento...», p. 1700), se ha considerado elemento esencial de la *lex artis ad hoc* y del núcleo del contrato de arrendamiento de servicios.

Finalmente, entre la doctrina, su reconocimiento es unánime (especialmente, como dice VICENTE DOMINGO en los últimos años, en que se ha abierto la posibilidad de apreciar una acción de responsabilidad por la omisión o defectuosa prestación del mismo, «El daño...», p. 248), aunque no lo es tanto su origen. Así, mientras que ALONSO PÉREZ, M. considera que emana de la buena fe («La relación...», pp. 42-43), ABEL LLUCH («El derecho de información sanitaria», *Diario La Ley*, 16 de enero de 2003, p. 2) opina que surge del propio hecho de la prestación sanitaria, sin necesidad de reconocimiento legal; GIESEN (*International...*, pp. 258-259), o VON BAR (*Vol. II*, p. 330) dicen que deriva de la autodeterminación del paciente, e YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, p. 237) ubica su origen en una exigencia de la solidaridad social, y la considera consecuencia de la especial relación de confianza entre médico y paciente.

¹²⁸. Frente a una primera fase en que se consideraba que era el médico el que sabía lo que le convenía al enfermo y en que el paciente era considerado un incapaz, se pasa a reconocer un derecho al paciente sobre sí mismo, su autodeterminación, sin perjuicio de que las decisiones técnicas correspondan al profesional sanitario (en palabras de GIESEN: «there is no room here for the view that disclosure of relevant information to patients concerning their condition and treatment is a waste of time because they do not understand the issues anyway»; *International...*, pp. 254-255).

2. Junto a ello, aunque no suele estudiarse demasiado, el deber de información se muestra en una segunda faceta, que no es previa, sino generalmente posterior a la prestación sanitaria¹²⁹. Se trata de la información como ilustración al paciente de su estado de salud; información denominada en ocasiones «humanitaria», que no busca su consentimiento, sino su conocimiento y que responde a su propia dignidad personal¹³⁰.

Es esta segunda faceta la que destaca principalmente en relación a las acciones aquí estudiadas, donde de lo que se trata es de que los progenitores, sometidos a un diagnóstico preconceptivo o prenatal, no reciben una información suficiente del resultado del mismo.

En la actualidad, como señalan BERGMANN (*op. cit.*, p. 65); GÓMEZ PAVÓN (*op. cit.*, p. 74) y LAUFS (en LAUFS/ UHLENBRUCK, p. 506) se considera que toda intervención médica implica una intromisión en la integridad física; intromisión que, de no mediar consentimiento del afectado, debería considerarse como un atentado a la misma y, como tal, un acto punible que daría lugar a la reclamación de responsabilidad. Ante esto, según GÓMEZ PAVÓN, el consentimiento actúa como supuesto de atipicidad o de causa de justificación, según el caso (*op. cit.*, pp. 23, 85), si bien en el ámbito civil, sostiene BUSTO LAGO (*La antijuridicidad...*, p. 292) que de lo que se trata es de un supuesto de falta de antijuridicidad.

Para lograr un equilibrio entre la protección de este derecho y el interés de permitir la atención médica, se acudió al criterio del consentimiento como legitimador de tal intervención. Ahora bien, para que el consentimiento cumpla su función legitimadora se considera en general que ha de tratarse de un consentimiento informado (idea constante en el derecho comparado, según FISCHER y LILIE, *op. cit.*, p. 42), pues sólo en presencia de tal información se puede hablar de un consentimiento libre y no viciado (ver al respecto, entre otros, BUSTO LAGO, *La antijuridicidad...*, p. 308, 310-311 y 313; GÓMEZ PAVÓN, *op. cit.*, pp. 123, 125; ROMEO CASABONA, *El médico...*, p. 47 o SÁNCHEZ GÓMEZ, *Contrato...*, pp. 43 y 52).

¹²⁹ Como destaca EMALDI CIRIÓN, en el marco del consejo genético (y, creemos que, por extensión, en todo diagnóstico preconceptivo y prenatal) la información se puede estudiar bien como un deber previo al inicio del proceso, o bien como un deber de informar que surge a raíz de la realización del diagnóstico (*El consejo...*, p. 265). Si bien hay quien —como DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, «Sentencia...», p. 762— apunta que esta distinción ya se recogía por una comparación entre el artículo 10.5 LGS (deber de información) y el 10.6 (consentimiento), fue principalmente la doctrina la que comenzó a elaborar una distinción entre las dos facetas de este derecho, si bien en muchos casos se encaminaba esta segunda faceta a la información terapéutica, como información necesaria para que el paciente opte entre diversos tratamientos de curación (así, FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad...*, p. 93 o SÁNCHEZ GÓMEZ, *Contrato...*, pp. 44 y 85-87).

Al margen de esto, sin embargo, también se ha reconocido la doble faceta de la información, en tanto que se admite que se ha de desplegar no sólo frente al enfermo, sino frente a cualquier persona, como usuario y ciudadano (MARTÍN BERNAL, *Responsabilidad...*, pp. 344-346). No obstante, esta distinción no parece ser aceptada por todos (pues ROMEO MALANDA señala que únicamente debe aportarse aquella información que sea relevante para prestar un consentimiento libre y consciente por parte del interesado, lo que centra la atención del derecho de información exclusivamente en la faceta del consentimiento previo; «Parte I...», p. 2).

¹³⁰ Así la denominan GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, pp. 118-119). La libre autodeterminación, que, según ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 29) o USANDIZAGA BEGUIRISTÁIN (*op. cit.*, p. 577), obliga a considerar a todo ser humano capacitado para decidir sobre su salud o sus intereses, exige el conocimiento por el paciente de la información sobre su estado de salud; opinión que también recogen ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, p. 71, al señalar que el deber de informar del profesional no deriva tanto del deber de obtener un consentimiento, como del «derecho» del paciente a conocer su propio estado) o ROMEO CASABONA («Landesbericht...», p. 342, que destaca que se trata del derecho del paciente a conocer su condición y el proceso: no toda información ha de llevar a una intervención o tratamiento). Tal parece ser, igualmente, el enfoque que dan a este derecho los estadounidenses PROSSER y KEATON (*op. cit.*, p. 190) o el francés PENNEAU, *Médecin...*, p. 19), en la medida en que estudian la información como presupuesto de la autodeterminación del paciente sobre su propio cuerpo.

La información como presupuesto de un consentimiento se planteará de forma previa al diagnóstico preconceptivo o prenatal, o como presupuesto de la práctica de las pruebas que sean necesarias; pero no reside en ella la reclamación de responsabilidad, sino en la información posterior y su ausencia. Por ello, sin perjuicio de que también se hagan referencias al deber de información en su faceta más destacada, la idea del comportamiento negligente se referirá a esta segunda faceta.

3. Sobre esta idea de privación de información a los progenitores como base de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* es importante hacer una aclaración: esta obligación de profesional sanitario queda referida a la extensión y profundidad de la información, así como a la forma y momento de la misma (son estos parámetros los que determinan un comportamiento diligente en materia de información); pero no se extiende igualmente como garantía de un contenido correcto de la información.

Por el hecho del error del contenido de la información, por tanto, no se calificará como negligente el comportamiento del profesional que cumpla con su deber de información¹³¹. Lo contrario supondría hacer responder al profesional sanitario más allá de la *lex artis*, pues quedaría obligado a responder también en aquellos casos en los que la ciencia médica no permitiera descubrir el verdadero estado de salud del paciente y se comunicase una información que no se correspondiese con la realidad.

Por ello, en el ámbito de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* hay que tener en cuenta, como ya se apuntó, que el hecho de que los progenitores obtengan un falso negativo no significa necesariamente que el profesional sanitario incumpla su obligación de información. Es más, en la mayor parte de los casos esta obligación se cumplirá diligentemente (el falso diagnóstico tendrá su origen, por tanto, en alguna de las fases previas de elaboración del diagnóstico). Únicamente en aquellos casos en los que el comportamiento negligente se relacione con la extensión, la forma o el modo de transmisión de la información, residirá la negligencia en el incumplimiento de esta obligación.

¹³¹ : Esta misma idea se encuentra también presente en el estadounidense CAPRON (*op. cit.*, pp. 626-627), cuando niega que el consejero genético quede obligado a proporcionar una información sin errores (*error-free explanation*), ya que tal obligación queda condicionada al estado de la ciencia. No existe, pues, un deber de certeza total.

4. Esto restringe en gran medida los casos en los que se puede constatar un comportamiento negligente por incumplimiento de la obligación de información en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*.

En concreto, tal comportamiento se produce en supuestos en los que no se comunica a los progenitores el diagnóstico alcanzado¹³², o en los que tal comunicación se realiza de manera defectuosa (es decir, sin cumplir con los parámetros de forma y extensión), como ocurre con la comunicación de un diagnóstico que no se corresponde con el del paciente¹³³, o con una confusión en la comunicación¹³⁴. En ambos casos los progenitores reciben la impresión de que no existen problemas de cara a la concepción futura (falso negativo), re-sidiendo la negligencia en el cumplimiento de la obligación de información.

Aquí se va a tratar de analizar cuáles son los parámetros de un comportamiento diligente en relación a la extensión y forma de la comunicación, para así poder determinar cuándo existe negligencia en este tipo de comportamientos.

5. Previamente, hay que indicar que, si bien este deber ha sido tradicionalmente asociado a los médicos, el artículo 4.3 de la reciente Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en lo sucesivo, Ley 41/2002) recoge adecuadamente la atribución de la titularidad del mismo no sólo al médico responsable del paciente, sino a todos los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial.

Por tanto, cada profesional informa de su ámbito de competencias, lo cual es adecuado conforme a la aplicación de la *lex artis* a cada profesión sanitaria¹³⁵.

¹³². Ejemplo de esto, en concreto, fue el caso sobre el que se emitió la STS de 6 de junio de 1997, en que no se le comunicó a la progenitora el fracaso de los resultados de la prueba de amniocentesis practicada, pese al interés de ésta por conocer tal resultado (interés que le llevó a ponerse en contacto con la consulta médica y con la doctora sustituta para interrogarla al respecto). Igualmente, en la jurisprudencia británica, el caso *Gregory v. Pembrokeshire Health Authority*, donde a pesar de que se estimó negligencia en la omisión de comunicación del fracaso del resultado, se consideró que no había sido la causa del nacimiento del niño afectado.

¹³³. Un ejemplo de este tipo de negligencia se encuentra en el caso inglés *McKay v. Essex Area Health Authority*, en que el médico confundió las muestras de sangre extraídas de la paciente con las de otro paciente, diagnosticando que no había contraído la rubéola.

¹³⁴. En concreto, se trata de los supuestos en que se presenta como negativo el diagnóstico que es positivo, o en que se desprecia la probabilidad de que el diagnóstico no sea negativo y se presenta como seguro lo que sólo es probable.

¹³⁵. Frente a esto, ABEL LLUCH (*op. cit.*, p. 3) interpreta de forma distinta el artículo 4.3 de la Ley 41/2002, pues lo remite en todo caso a facultativos intervinientes, sin contemplar otras categorías profesionales. Sin embargo, tal restricción parece inadecuada. En la medida en que otros profesionales sean competentes para realizar una determinada intervención médica, habrá que entender que pesa sobre ellos el deber de información hacia el paciente en relación a la misma. En este sentido, declara SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p. 76)

2.3.2.2. Contenido y extensión

1. Aunque suele recogerse como contenido típico del deber de información la comunicación al paciente sobre el diagnóstico y pronóstico de su enfermedad, los riesgos de la intervención que se propone y los medios de que se dispone para ello¹³⁶, no se puede hablar de una extensión o contenido prefijado del deber de información, sino que su extensión o profundidad se adapta a las circunstancias del caso¹³⁷, es decir, tanto al contenido en sí de la prestación médica, como a la urgencia o gravedad de la intervención, o a las características y voluntad del paciente¹³⁸. En su conjunto, la extensión de la información se suele

que la división del trabajo lleva a que sean varios los profesionales implicados y que cada uno asume la información respecto de la fase del tratamiento de la que es competente; idea también presente con menor amplitud en GALÁN CORTÉS (*Consentimiento...*, pp. 412 y 460), que afirma que es posible que emita la información un miembro del equipo médico, en la medida en que sea el encargado del paciente.

Pese a ello, son varios los autores que se limitan a atribuir tal obligación al médico (EMALDI CIRIÓN, *El consejo...*, p. 266; PENNEAU, *Médecin...*, p. 18 o LE TOURNEAU y CADIET, *op. cit.*, p. 442). Lo más que se llega a admitir es la comunicación de la información por un médico distinto del interviniente, pues lo importante es la cualificación del emisor (BERGMANN, *op. cit.*, p. 68; DEUTSCH, *Arztrecht...*, p. 65 y LAUFS, en LAUFS/UHLENBRUCK, pp. 527 y 536). Esta restricción del deber de información al médico es correcta si se plantea si atribuir este deber al médico o a sus auxiliares, pues es indudable que es el facultativo quien se encuentra cualificado para explicar al paciente la trascendencia del diagnóstico y las consecuencias del mismo. Pero al margen de estos casos, lo que aquí se afirma es que cuando intervienen en la atención al enfermo otros profesionales con competencias propias e independientes de la del facultativo, quedan éstos también obligados a informar al paciente, en el marco de su actividad.

¹³⁶ . En este sentido se pronunció la STS de 25 de abril de 1994, pronunciamiento que ha sido seguido posteriormente por multitud de sentencias. Respecto de este contenido, ver DEUTSCH (*Arztrecht...*, pp. 60-61) o MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, pp. 356-359 y 361-364).

¹³⁷ . Esta idea parece haber quedado recogida en el artículo 4.2 de la Ley 41/2002, cuando predica que la información clínica ha de proporcionarse de forma «adecuada a sus necesidades [las del paciente]». De ello se deduce que la información es graduable (ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 73; GÓMEZ PAVÓN, *op. cit.*, p. 128 o MARTÍN BERNAL, *Responsabilidad médica...*, pp. 358, 361-364). En palabras de USANDIZAGA BEGUIRISTÁIN (*op. cit.*, p. 586) lo ideal sería «[una] relajada charla informativa, [en la que] el paciente expusiera al médico sus reparos y, tras aclararlos, se procediera después a la firma del documento [de consentimiento] por ambas partes». Pero el autor es consciente de que es utópico, en las condiciones de asistencia masificada.

PÉREZ GARCÍA (*La información en la contratación privada. En torno al deber de informar en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid 1990, p. 331), sin embargo, aboga por la existencia de un parámetro de información «correcta» apoyado en una mínima información objetiva, que no puede hacerse depender de determinadas circunstancias subjetivas del paciente. Tal idea es extendida por ABEL LLUCH (*op. cit.*, pp. 2 y 3), que remite este contenido predeterminado y mínimo a diversos planos: subjetivo (circunstancias del receptor de la información), objetivo (adecuación de la información al tipo de intervención), cuantitativo (adecuación a la cantidad de información demandada por el paciente), cualitativo (rigor en la prestación de la información) y temporal (elección del momento adecuado). A esta adecuación se refiere la Ley 41/2002 en diversos artículos (2.2, 2.3, 3, 4.2 y 5.2).

¹³⁸ . Como ponen de relieve EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, pp. 270-272); GALÁN CORTÉS (*Consentimiento...*, pp. 212-219); así como GANTZ (*op. cit.*, p. 803) o KENNEDY y GRUBB (*Principles...*, p. 158), a la hora de establecer qué información es suficiente existen diferentes parámetros, cuya distinción, según GIESEN (*International...*, pp. 271-272), radica en que el criterio decisivo sea el bienestar del paciente o su derecho a la autodeterminación: el del médico razonable (el facultativo debería informar al paciente de todo aquello que un médico razonable consideraría pertinente informar), el de la persona razonable (la medida se determina en

calificar como «razonable»¹³⁹.

2. En el ámbito de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, donde la intervención sanitaria se plantea generalmente en el marco de un diagnóstico preconceptico o prenatal, no hay duda de que el profesional sanitario queda obligado a informar a los progenitores sobre el estado de salud del *nasciturus* o los riesgos que amenazan al *concepturus*¹⁴⁰.

consideración a un paciente razonable, con los problemas de determinación de tal parámetro) y el subjetivo (contenido de la información según lo que el paciente concreto querría conocer).

Según GIESEN (*International...*, p. 273), la tendencia es en general favorable al respeto del derecho de autodeterminación del paciente, más que hacia el paternalismo (pp. 274, 289-290); tendencia que consideramos la más apropiada, si bien dentro de los límites de lo «razonable» (por encima de los cuales deberán ser las preguntas del paciente las que permitan la ampliación de la información proporcionada). Muestra de ello son CAPRON (*op. cit.*, p. 629); OSTHEIDE (*op. cit.*, pp. 73-74) o PENNEAU (*Médicale...*, p. 58).

Por el contrario, adopta el criterio del facultativo razonable MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, pp. 358 y 361: «siempre pertenece a la discrecionalidad del facultativo la extensión de la información» y «[el médico] tiene el deber de informar y ser titular de un derecho de control sobre la misma»; idea ya presente en ROMEO CASABONA, *El médico...*, p. 48). Igualmente, en el derecho comparado, esta posición parece ser seguida en Gran Bretaña, en parte por temor a una avalancha de demandas si se deja a juicio del paciente el parámetro de diligencia del profesional (ver al respecto, GRUBB, *op. cit.*, pp. 268-272 y 293 y KENNEDY y GRUBB, *Principles...*, p. 159). Efectivamente, pese a que, como señala DE CRUZ (*op. cit.*, p. 260), a partir del caso *Bolitho v. City & Hackney HA* se tiende a una mayor consideración de la autonomía del paciente (pues tal caso sienta el precedente que permite al tribunal desconsiderar una opinión médica irresponsable o irrazonable), la tendencia no se ha consolidado plenamente (p. 268).

¹³⁹. Con este adjetivo (o con otros: «suficiente», «oportuna...») era como se interpretaba anteriormente la referencia del artículo 10.5 LGS a la exigencia de una información «completa» (ver en este sentido, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «Diagnósticos II...», p. 145; GALÁN CORTÉS, *La responsabilidad...*, p. 24). Esta exigencia no se contiene expresamente ahora en la Ley 41/2002 (salvo por la referencia del artículo 4.1 a «toda la información disponible»), si bien ha de entenderse implícita.

De lo que se trata es de adecuar la información a las circunstancias. De hecho, la doctrina señala mayoritariamente que tampoco debe llegar a ser una lección magistral; basta una explicación sencilla sobre las líneas del tratamiento (ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 74; FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, p. 145; MARTÍN BERNAL, *Responsabilidad...*, pp. 363 y 365; así como, en sus líneas básicas, BERGMANN, *op. cit.*, p. 91; GIESEN, *International...*, p. 311; HAUBERICH, *op. cit.*, p. 49 y OSTHEIDE, *op. cit.*, p. 73).

¹⁴⁰. Destaca en este punto la opinión de PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», p. 270), que proclama el deber de realizar diagnósticos y pruebas y de advertir de los riesgos de taras para que los progenitores puedan decidir, según el caso, si concebir o continuar con su embarazo. Incluso, llega a señalar que cuando se trata de reproducción asistida el profesional sanitario está obligado —aunque no hubiera sido preguntado por los progenitores— a informarles de los extremos relativos a la concepción, como experto en el proceso de procreación (p. 271). Dado que tal posición de experto la ocupa igualmente en relación con el consejo preconceptico de una concepción natural, así como, en general en el diagnóstico prenatal, no se ve por qué no extender también a estos casos la misma obligación. Del mismo modo, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (*op. cit.*, p. 1703) declara indubitada la existencia de un deber del médico «frente a los futuros padres de informar sin dilaciones innecesarias de los problemas de salud que pueden afectar a la madre y al futuro ser, con la finalidad de posibilitar la elección de proseguir o no con el proceso de gestación»; idea que repite GALÁN CORTÉS («La acción...», p. 13).

En el derecho anglosajón, este deber se afirma en general respecto de todo médico en relación a sus pacientes; pero también en concreto en estos supuestos (Caso *Harbeson v. Parke-Davis Inc.*: «this duty requires health care providers to impart to their patients material information as to the likelihood of future children's being born defective, to enable the potential parents to decide whether to avoid the conception or birth of such children»; pronunciamientos similares se encuentran en *Jacobs v. Theimer* o *Dumer v. St. Michael's Hospital* y *Proffit v. Bartolo*; así como DEWITT ROGERS, *op. cit.*, p. 749 o GIESEN, *International...*, pp. 87, 154-155 y 249). Por otra parte, en el derecho alemán, proclaman también DEUTSCH («Anmerkung...», p. 451); FRANZKI (*op. cit.*, pp. 1183 y 1184); SCHÜNEMANN (*op. cit.*, p. 575) o WEBER (*op. cit.*, p. 32) el deber del

Pero esta obligación se manifiesta también en los supuestos de diagnóstico indirecto, en la medida en que en el transcurso del desarrollo de la prestación sanitaria se constate una posible afección que incida sobre la descendencia futura¹⁴¹. Esto es así porque ha de considerarse que forma parte de toda obligación de información el esclarecimiento al paciente de las consecuencias del mal o defecto que le aqueje, consecuencias entre las que cobran relevancia generalmente las relativas a la concepción futura, aunque en el momento de realización de la prestación tal concepción no esté siquiera planeada. La propia característica del mal o defecto detectado en el progenitor, por su trascendencia desde el punto de vista de la reproducción, amplía a estos extremos la obligación de información.

Por ello, se puede afirmar que, en general, el contenido de la obligación de información del médico se ha de centrar en exponer a los progenitores cuál es el estado de salud de la descendencia concebida o cuáles son los riesgos que amenazan a la descendencia futura, explicando en concreto las características de la posible enfermedad¹⁴², la probabilidad o certeza de que se manifieste sobre la descendencia futura¹⁴³ y las opciones existentes para los progenitores (concepción artificial, interrupción del embarazo..., etc.). La información parcial al respecto o la omisión de información será un comportamiento negligente¹⁴⁴.

médico de informar a la madre sobre las enfermedades del niño para que ésta decida; y en el derecho italiano, señala BRUNETTA D'USSEAU, que el médico no decide, sino la mujer («Lo Schmerzensgeld e il risarcimento del danno patrimoniale per la nascita indesiderata nell'ordinamento tedesco», en *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, A. D'Angelo, Giuffrè Editore, Milano 1999, p. 146).

¹⁴¹. Proclama, de hecho, JACKSON («Action...», p. 552): «a physician engaging in an activity unrelated to a present or future pregnancy may nevertheless owe a duty of care to future children of the patient, despite the fact that those children were not in anyone's immediate contemplation at the time of treatment». Como ejemplo de ello se puede citar el caso *Dumer v. St. Michael's Hospital*, en que se declaró la responsabilidad del médico que no diagnosticó la rubéola de una mujer, estableciendo el tribunal como negligente la conducta de no preguntarla si estaba embarazada en ese momento.

¹⁴². Ya en general recoge la doctrina como parte del contenido de la información la relativa a las características de la enfermedad (en palabras de DEUTSCH: «Art, Bedeutung und Folgen der Erkrankung»; *Arztrecht...*, p. 158). Para una extensa descripción del contenido mínimo de la información en el consejo genético, ver (EMALDI CIRIÓN, *El consejo...*, p. 20 nota 20).

¹⁴³. En concreto, EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, p. 43) indica que el interés de las parejas que se someten a un consejo genético suele centrarse en la posible transmisión a la descendencia y a los efectos sobre la misma. En este contexto, aunque, como señala LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 510), no se ha de comunicar al paciente el diagnóstico meramente sospechado o inseguro, un diagnóstico basado en una probabilidad —cuando es el único diagnóstico que la ciencia y la técnica permiten alcanzar, como ya se dijo que ocurría con frecuencia en este caso—, ha de considerarse como el diagnóstico sobre el que recae el deber de información. Se deberá explicar, por tanto, el porcentaje de riesgo para la descendencia futura, así como el motivo por el cual sólo se puede aproximar a porcentajes el diagnóstico. Esta misma idea la recoge ROMEO CASABONA («Aspectos...», p. 169), cuando señala que se ha de informar de forma clara y completa del diagnóstico, sin descartar la información basada en cálculos de probabilidad, si no pueden aportarse datos de seguridad.

¹⁴⁴. De forma similar BRUNETTA D'USSEAU, afirma cómo la información parcial o su omisión priva del derecho de decidir a la mujer en el contexto de un diagnóstico prenatal (*op. cit.*, p. 146).

3. El debate en torno a la extensión de este deber —generalmente en su faceta de información previa al consentimiento— suele centrarse en relación con los riesgos de los que debe ser informado el paciente: si únicamente de los riesgos típicos (aquéllos que, por su probabilidad en relación a la prestación desarrollada, son más susceptibles de concurrir en relación con el paciente que recibe la información) o de todos los riesgos¹⁴⁵.

Esto último, sin embargo, nos parece excesivo, especialmente en el ámbito de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, donde, como ya se indicó, son numerosísimos los riesgos potenciales que pueden amenazar a la descendencia futura. Por ello, al igual que se estableció respecto de la obligación de competencia, la información que se ha de proporcionar en estos casos a los progenitores ha de restringirse a los males o defectos previsibles —que son aquéllos respecto de los que existieran indicios de riesgo—, sean éstos típicos en general o atípicos, pues todos ellos pueden, potencialmente, concretarse en la descendencia futura. Por tanto, no es la tipicidad o atipicidad del riesgo lo que determina el contenido de la información, sino los síntomas o indicios presentes en el paciente¹⁴⁶.

¹⁴⁵ La redacción actual del artículo 4.1 de la Ley 41/2002 («la información [...] comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias») mantiene la duda, pues no precisa a qué riesgos se ha de referir la información. Si se atiende a la concreción del deber de información que realiza el artículo 10.1.c) para el consentimiento informado, se podría concluir que únicamente se ha de informar de los riesgos típicos, así como los que adquieren relevancia por las circunstancias del paciente. Sin embargo, si se atiende al propio artículo 4.1 que se refiere a «toda la información», se pueden entender también incluidos los riesgos atípicos.

La doctrina se encuentra dividida en este punto. Por un lado, se encuentran los autores que señalan que únicamente se ha de informar de los riesgos típicos relacionados con la intervención (entre ellos, ABEL LLUCH, *op. cit.*, pp. 2 y 3; MARTÍN BERNAL, *Responsabilidad...*, pp. 352 y 362; ROMEO MALANDA, «Parte I...», p. 3; SEUBA TORREBLANCA, «Sentencia...», pp. 731 y 732); por otro lado, los que amplían este deber a otros riesgos atípicos (PANTALEÓN PRIETO, «Procreación...», p. 252 y 257, lo proclama para las actividades relacionadas con la procreación artificial, puesto que se trata de actividades nuevas cuyo contenido obliga a una actuación muy rigurosa).

¹⁴⁶ En este sentido, la SAP Vizcaya de 18 de enero de 1999 afirmaba que el profesional sanitario debía informar del resultado de las pruebas, pero no de cada uno de los extremos que pueden ser apreciados en ellas, *de incidencia mínima o técnicamente sin importancia, sobre todo ante el supuesto de un feto normal*. Igualmente, la SAP Cádiz de 17 de septiembre de 2002 afirmaba que la información ha de proporcionarse cuando existen datos claros sobre la existencia de posibles malformaciones, pero no cuando estos datos son equívocos, poco significativos o identificativos en una paciente que no presenta, además, indicios de riesgo alguno.

Por otra parte, como declara LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 513) la obligación de información se extiende a los riesgos atípicos, según la posibilidad de que se presenten en el caso concreto. Se trata, pues, de adaptar al ámbito de las acciones aquí estudiadas el criterio de la información de riesgos inherentes a la prestación, sea cual sea el porcentaje de probabilidad del mismo; criterio enunciado, entre otros, por PLAZA PENADÉS (*op. cit.*, p. 73). Existen, no obstante, voces discordantes, como la de PENNEAU (*Médicale...*, p. 64), que parece remitirse precisamente a criterios estadísticos para determinar cuáles son los datos que se han de proporcionar al paciente, en la medida en que tales estadísticas permiten determinar cuál es la información razonable para que el paciente tenga una visión clara de su situación. Pero con ello no excluye el autor los riesgos de baja probabilidad, más que en cuanto que no se relacionen con el caso concreto. De hecho, sus

El riesgo del que ha de informar un profesional diligente es, pues, no sólo el típico (del que se ha de informar a todo paciente), sino también aquél específico que resulta previsible, en la situación de la pareja que espera concebir, o en el embarazo en curso, aunque la probabilidad general sea baja. No resulta negligente, en cambio, la omisión de información sobre el riesgo atípico o aleatorio respecto del que no existen indicios en el paciente, pues ése resulta imprevisible¹⁴⁷. Exigir al profesional sanitario una mayor diligencia en la información, que extendiera el ámbito de ésta a cualquier posible enfermedad preconceptiva o prenatal, entorpecería la labor de diagnóstico, a la vez que induciría a una confusión en el paciente, por exceso de información¹⁴⁸.

4. Esta cuestión enlaza con la relativa a la información sobre lo que sea evidente, respecto a la que se trata de decidir si forma o no parte del contenido de la información la comunicación de hechos, datos o saberes que se encuentran integrados en el conocimiento general o en el específico del paciente¹⁴⁹.

compatriotas LE TOURNEAU y CADIET (*op. cit.*, p. 441) subrayan que el criterio es la previsibilidad: lo que pueda acaecer.

¹⁴⁷. Así lo señala GÓMEZ PAVÓN (*op. cit.*, p. 118). De forma más general, EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, p. 269) se refiere a que al paciente se le ha de proporcionar toda la información que necesite para adoptar su decisión, de lo cual se excluyen los riesgos no previsibles (p. 270). Del mismo modo, en el derecho anglosajón se afirma la extensión de la obligación únicamente a los riesgos que sean «material» (relevantes para el caso); pero no a los riesgos «unexpected» o «immaterial» (DE CRUZ, *op. cit.*, p. 248 y PROSSER y KEATON, *op. cit.*, pp. 191-192).

Ejemplo de este principio es el caso que resolvió la Audiencia Nacional, en sentencia de 8 de marzo de 2000, donde se proclamó que no existía negligencia, puesto que el embarazo se planteó como normal (se realizaron las ecografías y análisis prescritos y correctos, que no revelaron incidencias patológicas), sin que pudiera suponerse o sospecharse, por no constar antecedentes (la madre no los puso en conocimiento del médico), patología maligna en el feto durante la gestación.

¹⁴⁸. En concreto, advierte SEUBA TORREBLANCA, entre otros, de lo contraproducente que puede resultar la fijación de un contenido excesivo del deber de información: el exceso de información no ayuda al paciente a madurar su decisión y puede llevarle a confusiones y miedos («Sentencia...», pp. 734-735). Esta misma idea la recogen los franceses LE TOURNEAU y CADIET (*op. cit.*, p. 441): «la transparence [...], n'est pas toujours souhaitable»; así como el alemán GIESEN (*International...*, pp. 315-316) que se manifiesta en contra de una información total, pues puede ocasionar alarma y ansiedad innecesaria. De hecho, según el comparatista alemán VON BAR (*Vol. II*, p. 332), ningún sistema legal requiere la información de los riesgos más remotos, restricción que se adopta en consideración del interés del paciente.

¹⁴⁹. Por poner un ejemplo de cada una de estas cuestiones, se trata, por un lado, de decidir si, por ejemplo, detectado en un determinado paciente el VIH, se le ha de informar específicamente del riesgo de transmisión a su descendencia futura o si el profesional sanitario puede entender que es de conocimiento general. Por otro lado, se trata de determinar si el profesional que atiende a una mujer embarazada de su tercer hijo debe informarle de la posibilidad de someterse a la prueba de amniocentesis para detectar las posibles incidencias sobre el embrión o feto. Cuál sea la respuesta determinará que el paciente que no recibe tal información pueda alegar una omisión que le privó de la información necesaria para adoptar una decisión informada sobre la descendencia futura, o que no pueda alegarlo.

Si bien la respuesta a esta cuestión suele ser negativa¹⁵⁰, tal solución no puede aplicarse de manera generalizada, sino que ha de matizarse en atención al caso concreto. Por un lado, el carácter de la evidencia deberá hacerse depender del tipo de destinatario de la información y, en caso de duda, se deberá atender a los colectivos más desvalidos y menos cualificados¹⁵¹. Por otro lado, habrá que apreciar si concurren en el caso concreto peculiaridades que lo aparten del saber general o del saber precedente del paciente, en cuyo caso habrá que informar sobre ellas¹⁵². En ambos casos, se deberá considerar negligente la omisión de la información o su formulación parcial.

5. Para acabar con lo relativo al contenido y extensión de este deber, hay que señalar que, pese a que algunos lo integran también con el deber de aconsejar al paciente¹⁵³, se trata en realidad, como señala PÉREZ GARCÍA, de deberes distintos: mientras que la información se caracteriza por su neutralidad, el consejo entraña una orientación positiva sobre la actividad de aquél al que se dirige; pero no son antagónicos, sino que el consejo es una subespecie de la información¹⁵⁴.

En concreto, en el marco de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* este deber de consejo no tiene demasiada trascendencia. Lo fundamental es la información que no

¹⁵⁰ . Niegan el deber de información sobre los riesgos «menores» (esto es, los generalmente conocidos o reconocibles fácilmente), entre otros, FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 165); GUTIÉRREZ LUNA (*op. cit.*, p. 54); SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p. 61) y SEUBA TORREBLANCA («Sentencia...», p. 732).

¹⁵¹ . En este sentido se pronuncia BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*Comentarios...*, p. 693) en relación con el cumplimiento del deber de información en el marco de la LGCDU.

¹⁵² . Así, en el caso que se recogía anteriormente sobre la mujer que había tenido tres embarazos previos, se deberá informar no obstante sobre la prueba de amniocentesis cuando en el cuarto embarazo haya superado los 40 años (y no con los anteriores), pues con ello ha aumentado el riesgo de defectos en el *nasciturus*. De hecho, los autores que niegan la información sobre conocimientos preexistentes del paciente (BERGMANN, *op. cit.*, p. 111; EMALDI CIRIÓN, *El consejo...*, p. 273 o SÁNCHEZ GÓMEZ, *Contrato...*, p. 73) afirman tal deber para el supuesto de variaciones o cambios en la situación.

¹⁵³ . Así, por ejemplo, en el diagnóstico genético preconcepcivo, se recoge generalmente una faceta de consejo. Por poner un ejemplo, tal es la opinión de CAPRON (*op. cit.*, p. 621 nota 11). El autor, no obstante, se plantea cuál es la función del consejero genético: si se ha de limitar a dar información o si debe también intervenir en la decisión de los progenitores, pues de una u otra finalidad dependerá la calificación del comportamiento como negligente (p. 624). EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, pp. 20-21), recoge igualmente dos facetas del consejo genético: la informativa (que es la que nos interesa principalmente) y la psicológica (apoyo psicológico y emocional al paciente).

¹⁵⁴ . *Op. cit.*, pp. 95-96, 312-321. Aunque este autor señala diferencias por razón de sus destinatarios o el contenido, de cara a las prestaciones de servicios sanitarios, estas distinciones se asemejan, excepto en su sentido básico: la información es neutral, mientras que el consejo «encauza, dirige u orienta la decisión del otro contratante, pero en ningún caso la sustituye o suplanta» (p. 317). Aunque no suele hacerse referencia a este deber en el ámbito médico, se debe considerar existente, según el mencionado autor, como derivado de la relación de confianza y del deber de asesoramiento (p. 334).

Ahora bien, algunos autores, como BATTIN (*op. cit.*, p. 120), restringen la labor del consejero genético en la emisión objetiva de información, explicando lo necesario, pero sin referencias a un consejo añadido.

se transmite. Cualquier consejo que acompañe tal información ha de considerarse como un criterio más dentro de los que se pueden valorar por los progenitores en la adopción de su decisión. Por ello, el hecho de que el profesional sanitario aconseje en una u otra dirección, una vez conocida la información, no priva de su decisión a los progenitores, pues son los que en definitiva deciden y los que reciben la información.

2.3.2.3. Características de la información

1. Si pasamos del «qué» debe informarse al «cómo» debe ser la información, hay que señalar que también existen ciertos parámetros que determinan el comportamiento diligente. Parte de éstos se recoge en el artículo 4.2 de la Ley 41/2002, cuya diferente redacción respecto del anterior artículo 10.5 de la Ley 14/1986 General de Sanidad, de 25 de abril (LGS, en lo sucesivo), no incide en la práctica sobre la materia¹⁵⁵.

2. En primer lugar, el artículo 4.2 se refiere a una información «verdadera», adjetivo que excluye cualquier deformación de la verdad, cualquier error u omisión intencionada, aunque sea debida a una mentira piadosa¹⁵⁶.

Este parámetro plantea una cuestión muy interesante, relacionada con las acciones aquí estudiadas, cuando se introduce el problema de la objeción de conciencia del profesional sanitario en relación al aborto¹⁵⁷. En concreto, se trata de determinar si queda exonerado

¹⁵⁵ . Según recoge el citado artículo 4.2, «la información clínica [...] será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad». En el derecho francés, la jurisprudencia caracteriza el deber de información por las notas de «simple, aproximative, intelligible et loyale» (JONÁS, *op. cit.*, p. 16 y PENNEAU, *Médicale...*, p. 60; *Médecin...*, p. 18), términos que, pese a su distinción terminológica remiten a las mismas ideas.

¹⁵⁶ . Ya la tradición hipocrática advertía de que la atención y amabilidad con el enfermo no debe suplantar la buena profesionalidad («nimia diligentia, si insipienter adhibeatur, plerumque nocere solet», Galeno, *Libr. I. De diebus decret.*, c. 11), de manera que por encima de las reglas de trato con el enfermo están las reglas derivadas de la ciencia y de la técnica médica.

Esta corriente es retomada por ABEL LLUCH (*op. cit.*, p. 3), que opina que no hay lugar a la mentira piadosa, ni siquiera en el ámbito de un diagnóstico fatal. Sí es admisible una transmisión progresiva y gradual de la verdad (que no su omisión), así como una adecuación temporal de la información (de manera que el médico elija el momento adecuado para transmitir la información; pp. 3-4). Ver en este sentido, ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», pp. 34 y 43 nota 76); FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, pp. 168-169) o GIESEN (*International...*, p. 269); así como el Código de Ética y Deontología Médica en sus artículos 11.4 y 11.5.

¹⁵⁷ . En el plano médico, la objeción de conciencia —que se deriva a nivel constitucional del artículo 16.1 CE— ha sido expresamente reconocida por los artículos 10 y 27 del Código de Ética y Deontología Médica de 1990, así como, en el ámbito internacional, por el artículo 18 de la Guía Médica Europea y por el documento aprobado por la Organización Médica Colegial, el 31 de mayo de 1997 sobre la objeción de conciencia del médico. En Alemania, se reconoce expresamente en el § 12 Abs. 1 *Schwangerschaftskonfliktgesetz* (*Freistellungsklausel*) y en Inglaterra, por la Sección 4(1) de la Abortion Act 1967.

por una posible objeción de conciencia el comportamiento doloso del profesional sanitario que, o bien oculta o falsea la información sobre el estado de salud enfermo del embrión o feto, o bien se abstiene de practicar actividades de diagnóstico prenatal sin informar de su necesidad al paciente (comportamiento que es más frecuente que el anterior¹⁵⁸), por las posibles consecuencias que ello pudiera acarrear en relación con la interrupción del embarazo en curso. Se trata, en definitiva, de que el profesional sanitario antepone dolosamente sus convicciones morales a los derechos e intereses de la paciente¹⁵⁹.

Al margen del desvalor moral de estas conductas, que lesionan la relación de confianza entre paciente y médico, y al margen de las posibles sanciones administrativas y colegiales que acarreen, hay que negar que este tipo de conductas puedan quedar amparadas por la objeción de conciencia del profesional sanitario. Aunque se admitiera en este ámbito la existencia de una cierta colisión entre la conciencia del profesional sanitario y el diagnóstico prenatal —lo que puede ser puesto en duda, pues supondría considerar que la finalidad directa de estos diagnósticos es acabar con la vida del niño futuro¹⁶⁰—, hay que señalar

En nuestro caso, hay que destacar que se trata de una cuestión de gran importancia, en tanto que, según DE CRUZ (*op. cit.*, p. 453), se practica un 75% de los abortos en el ámbito de la sanidad privada por la objeción de conciencia de los profesionales.

¹⁵⁸. Dice al respecto TROTZIG (*op. cit.*, p. 27) que aunque es posible que el profesional omita la información sobre los resultados de pruebas es más probable que no llegue a esa fase, sino que previamente omita la información sobre la necesidad de la prueba o exagere los riesgos de la misma o remita a la paciente a otro profesional (que, dicho sea de paso, es el único comportamiento diligente posible); idea con la que parece coincidir BRUNETTA D'USSEAUX (*op. cit.*, p. 146).

Un ejemplo de ello podría encontrarse en el caso estadounidense *Gleitman v. Cosgrove*, en que una mujer que creía padecer rubéola acudió a un ginecólogo, el cual le informó que no tenía riesgo para el feto. En el juicio, el médico declaró que no recomendó un aborto porque el riesgo de afección en el feto era únicamente del 20%, por lo que, en su opinión, no era adecuado destruir cuatro niños sanos por el riesgo de que un quinto pudiera estar afectado (ver al respecto, PETERS y PETERS, *op. cit.*, p. 858 y nota 6).

¹⁵⁹. Según el estadounidense GOLD (*op. cit.*, pp. 1014 y 1020-1022), «the manipulation of information in the wrongful birth context could constitute an injury». En nuestro caso, tanto la omisión como el falseamiento de información se ha de calificar como dolosa. Por un lado, indica PÉREZ GARCÍA —que sigue al respecto a Díez-Picazo— que la omisión es dolosa cuando existía un deber de informar y de actuar (*op. cit.*, pp. 14-15). Por otro lado, el falseamiento de la información es igualmente doloso, pues se trata de la emisión consciente de un falso negativo (GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO, *op. cit.*, p. 23).

En este punto, hay que recordar lo que se dijo al comienzo de este capítulo respecto de la admisión de la responsabilidad por dolo. La teoría de FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, pp. 80-81 y 82), conforme a la cual en caso de dolo habría que acudir a la vía penal, resulta absurda en un caso como éste, donde no existe una correspondencia con un supuesto tipificado, lo que podría llevar a negar en estos casos la responsabilidad y no en otros casos en que existiera simple negligencia.

¹⁶⁰. En este sentido, hay que indicar que, pese a que, como recoge DONOVAN (*op. cit.*, pp. 64 y 68), los grupos pro-vida alegan que es necesario rechazar este tipo de acciones a fin de proteger la conciencia de los profesionales contrarios al aborto, en tanto que se pueden ver obligados a proporcionar a los pacientes información que pueda llevar a los progenitores a buscar un aborto (opinión que parece sostener MARTÍNEZ-CALCERRADA cuando pone de relieve la existencia de un problema ético/deontológico del facultativo en relación con el derecho a la no vida o el derecho al aborto en estos casos; «Problemática...», p. 4), ha de dudarse que tal coli-

que la objeción de conciencia no legitima en ningún caso la ocultación o el falseamiento de información, pues tal proceder doloso excede del ámbito de abstención del comportamiento protegido por esta libertad¹⁶¹.

Si tal colisión se plantea frente a la conciencia del profesional sanitario, éste podrá negarse a llevar a cabo el procedimiento en cuestión, pero deberá informar a la mujer embarazada de la necesidad del mismo y deberá remitirla adonde pueda ser atendida¹⁶², o al menos advertir a la paciente de sus reparos morales¹⁶³. Junto a ello, lo más que podrá hacer será aconsejar en contra de su práctica; consejo que no ha de confundirse con la coacción a la paciente, sino que ha de partir siempre de la exposición de los datos tal y como corres-

sión se produzca, puesto que, como indica la primera autora citada, no hay que olvidar que el profesional ha de limitarse a explicar el problema, para que el paciente adopte una decisión informada (p. 68). De hecho, así se señala en «Note...», pp. 2031-2032, donde se pone de relieve que el deber del médico consiste en informar a la mujer de que se encuentra en un grupo de riesgo y, tras ello, de remitirle a otro médico.

El diagnóstico prenatal, por tanto, no se dirige ni directa ni indirectamente a «provocar» el aborto (éste deriva de la decisión de la mujer, que puede ser tanto positiva, como negativa), sino a dictaminar el estado de salud de la embarazada, del embrión o del feto. Por ello, no queda amparado por la objeción de conciencia, como coinciden en señalar GUTIÉRREZ LUNA (*op. cit.*, pp. 112-113) o GOLD (*op. cit.*, p. 1039), pues ésta no entra en juego, al parecer, más allá de una contradicción frontal o directa. Como ejemplo de tal afirmación se puede citar el caso inglés *Janaway v. Salford AHA*, en que se negó la alegación de la objeción de conciencia en contra de la actividad de pasar a máquina una carta sobre un aborto a una paciente. Según interpretó el tribunal, la objeción de conciencia se limita a la participación en el proceso médico de aborto.

¹⁶¹. Afirma en concreto, ENGELHARDT (*op. cit.*, p. 542): «keine falsche oder unvollständige Beratung der Mutter war [dem Arzt] aber aus solchen Gewissengründen nicht erlaubt»; de hecho, ante tales reparos ideológicos, considera el autor que se debería advertir desde el principio a la mujer (nota 14).

En concreto, la objeción de conciencia médica permite a cualquier sujeto abstenerse de actuar conforme a sus convicciones o creencias en relación a la vida; pero ni justifica un ejercicio negligente del deber asumido, ni autoriza al profesional sanitario a decidir por el paciente si debe o no continuar con el embarazo. Declara al respecto USANDIZAGA BEGUIRISTÁIN: «aunque el diagnóstico prenatal tiene como finalidad principal el diagnóstico de cromosopatías o malformaciones y su consecuencia puede ser la práctica de un aborto, no debe hurtarse la información aunque se presuma que ello vaya a ser así, y quien realiza el diagnóstico sea éticamente contrario al mismo» (*op. cit.*, p. 582).

En tal caso, el comportamiento pasivo de objeción se convertiría en comportamiento activo de imposición que no sólo no viene reconocido legalmente, sino que directamente viene proscrito por el artículo 16.1 CE (en la medida que parte éste del respeto a toda ideología —también, por tanto, a la del paciente—), así como por la libre autodeterminación, recogida en el artículo 10.1 CE. En este mismo sentido, critica GANTZ (*op. cit.*, pp. 825 y 826) cómo cuando se admite esto, se sustituye la opinión de la mujer por la del médico (crítica que también contenía el Juez Exum en el caso *Azzolino v. Dingfelder*).

¹⁶². Es de esta opinión, por ejemplo, ENGELHARDT (*op. cit.*, p. 542) o GANTZ (*op. cit.*, p. 809, 811 y 824).

Hay que señalar, no obstante, que para BOPP, BOSTROM y MCKINNEY (*op. cit.*, pp. 499-501) esta remisión también lesiona la objeción de conciencia del médico: «the required recommendation is merely a forced participation, a burden on the first physician's right to object. Such a recommendation may be the moral equivalent of participating in or facilitating the actual abortion». Tal argumento no se puede aceptar, pues supone considerar la libertad de conciencia como derecho absoluto frente al derecho de la mujer a recibir información.

¹⁶³. Así lo afirma GANTZ (*op. cit.*, p. 811): «at the very least, the obstetrician must notify his patient of his bias so she can seek medical care elsewhere». No obstante, habría que plantearse en nuestro caso hasta qué punto tal declaración no es contraria a lo dispuesto por el artículo 16.2 CE («nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias»). El argumento sugerido por GANTZ no impone tal obligación, sino que se limita a extraer ciertas consecuencias del silencio del profesional.

ponde con la obligación de diligencia médica de competencia e información¹⁶⁴.

Como excepción a esta regla, hay quien señala la llamada «excepción terapéutica» (a partir de la cual se permite la omisión de información en caso de que el conocimiento de ésta ponga en peligro la salud del paciente). Tal excepción, que no debe desembocar en una libre discrecionalidad del profesional sanitario respecto de la información, se deberá reducir, en todo caso, a supuestos extremos¹⁶⁵.

3. En segundo lugar, la información ha de ser «continuada», como se deduce actualmente de la referencia del artículo 4.1 a la extensión de tal deber a «cualquier actuación en el ámbito de la salud». Abarca, por tanto, todo el proceso de diagnóstico¹⁶⁶.

4. En tercer lugar, la información ha de ser «comprensible». Con ello se trata de establecer la exigencia de que la información sea clara —es decir, no ambigua, aunque se refiera a datos o diagnósticos meramente probables¹⁶⁷— y en términos que el paciente pueda entender, facilitando, pues, su asimilación¹⁶⁸. De no ser así, el derecho de información quedaría

¹⁶⁴ . En este sentido EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, pp. 320-330) se opone a la posibilidad de un consejo genético directivo. El consejero ha de limitarse a transmitir a los pacientes la información para que éstos decidan libremente. No obstante, admite la autora que la total imparcialidad es imposible y el equilibrio, difícil.

¹⁶⁵ . Pese a que CAPRON, (*op. cit.*, p. 630 nota 43) considera dudosa esta excepción, KELLY (*op. cit.*, p. 520 nota 66) la admite en casos extremos, como el de riesgo de un ataque cardíaco de la madre a la que se debería informar del defecto genético de su descendencia futura. No obstante, se trata de supuestos ciertamente excepcionales (TROTZIG, *op. cit.*, p. 24).

En nuestro caso, el artículo 5.4 de la Ley 41/2002 regula expresamente como excepción al derecho de información el caso de necesidad terapéutica (cuando por razones objetivas el conocimiento de la propia situación pueda perjudicar la salud de manera grave); excepción que ya se interpretaba por la doctrina a partir del antiguo artículo 10.6 LGS y del 11 del Código de Ética y Deontología Médica (en concreto, entre otros ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 71-72; GALÁN CORTÉS, *La responsabilidad...*, p. 26; GÓMEZ PAVÓN, *op. cit.*, p. 126 y ROMEO CASABONA, «Landesbericht...», p. 343), y que es recogida por algunos textos internacionales, como la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre derechos del paciente (1981). Igualmente, esta excepción se recoge en el derecho comparado, según lo reflejan FISCHER y LILIE (*op. cit.*, pp. 46-47).

¹⁶⁶ . A este requisito hace referencia FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 164), así como MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, p. 364) o ROMERO COLOMA (*La medicina...*, p. 62).

¹⁶⁷ . El requisito de la claridad excluye la ambigüedad en la información que se proporciona. Como indica ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 34) en caso de que el profesional sanitario dude sobre algún aspecto, no ha de enmascarar su desconocimiento sobre términos incomprensibles o ambiguos, sino exponer la situación y las posibilidades al paciente; idea que también refleja MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, p. 365).

Esto tiene especial relevancia en materias como las de diagnóstico preconceptivo o prenatal, en que no se ofrece un resultado seguro en todo caso, sino generalmente probable. La claridad se ha de manifestar en estos casos a través de la información de este grado de probabilidad y sus consecuencias. Como señala SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p. 56), el médico ha de informar al paciente de lo que sabe, aunque sea incierto, si bien advirtiéndole de la incertidumbre.

¹⁶⁸ . Éste es uno de los sentidos que puede dársele a la previsión del artículo 4.2 de la Ley 41/2002 cuando se refiere a una información «adecuada a sus necesidades». Para SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p. 67): «el profesional de la medicina deberá esforzarse en transformar los términos técnicos-científicos, propios de la Ciencia Médica, en otros más vulgares y sencillos». Del mismo modo, el artículo 11.1 del Código de Ética y Deontología Médica de 1990 establece que el médico debe esforzarse por facilitar la información al paciente «con las palabras más adecuadas». En el ámbito internacional, la Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre

vacío de contenido, puesto que no alcanzaría su objetivo de comunicar al paciente los datos relevantes sobre su estado, a fin de que pudiera decidir de forma libre, o a fin de que pudiera conocer su situación.

Sin embargo, este requisito no obliga al profesional sanitario a asegurarse de la efectiva comprensión de la información por parte del paciente, pues llevaría a considerar la obligación de información como obligación de resultado. Bastará con que proporcione una información que razonablemente sea adecuada al paciente¹⁶⁹.

2.3.2.4. Forma de la información

1. Actualmente, la Ley 41/2002 exige únicamente la forma verbal (artículo 4.1), frente a la exigencia de su emisión verbal y escrita que contenía el artículo 10.5 LGS, cambio que ha sido en general bien recibido por la doctrina¹⁷⁰. Esto no quiere decir que desaparezca la forma escrita, sino que no es necesaria como vía de transmisión de información¹⁷¹.

2. De todas formas, es difícil que se plantee un supuesto de *wrongful birth* y *wrongful life* en el que la negligencia derive de un comportamiento negligente en materia de forma de la información. No se trata sólo de la práctica inexistencia de requisitos de forma, sino de que la forma en sí difícilmente puede ser una vía a partir de la cual se pueda producir el falso negativo que reciben los progenitores. Aunque la forma verbal es más susceptible de confusiones o errores en relación al contenido de lo que se ha de comunicar, éstos se

Derechos de los Pacientes, adoptada en 1981 y enmendada en 1995, hace referencia a que la información se debe entregar de manera apropiada a la cultura local y de tal forma que el paciente pueda entenderla.

Se trata, pues, de que tal información se le proporcione al paciente de forma que pueda entenderla. Por tanto, señala la doctrina que se han de tener en cuenta las características de formación cultural e intelectual del destinatario de la información (ABEL LLUCH, *op. cit.*, p. 3 y ROMEO MALANDA, «Parte I...», p. 2).

¹⁶⁹ . Como ya se mencionó, algunos autores califican esta obligación de información como obligación de resultado (CECCHINI ROSELL, *op. cit.*, p. 185; LLAMAS POMBO, «Sentencia...», p. 1015 y SÁNCHEZ GÓMEZ, *Contrato...*, p. 49), pero tal calificación resulta excesiva. Como pone de relieve PÉREZ GARCÍA (*op. cit.*, p. 93) esta comprensión precisa la cooperación del que la recibe, si bien declara el autor que esto no impide que se pueda pactar ocasionalmente una información más exhaustiva de algún punto en concreto.

¹⁷⁰ . ROMEO MALANDA («Parte II...», p. 6) considera que este cambio es una de las novedades más afortunadas de la Ley 41/2002. Por su parte, como justificación a este cambio, ABEL LLUCH (*op. cit.*, p. 3) señala que se refuerza y dinamiza la relación médico-paciente, aportando una triple ventaja: facilitación de la proximidad necesaria y deseable entre médico y paciente, mejor adecuación de la información a las características del paciente y posibilidad de ampliar el ámbito de la información a petición del paciente.

¹⁷¹ . En este sentido, considera ABEL LLUCH (*op. cit.*, p. 3) que es conveniente dar la información por escrito (junto con una explicación oral) en los mismos supuestos en los que se exige el consentimiento por escrito (artículo 8.2 Ley 41/2002), tanto como garantía del hecho y contenido de la información, como a efectos de prueba. Con tal parecer coincide ROMEO MALANDA («Parte I...», p. 2), que añade que se deberá acreditar por escrito cuando el consentimiento deba ser prestado por tal medio. No obstante, se deberá valorar en cada caso.

pueden producir igualmente por escrito.

La negligencia, pues, se deberá remitir al contenido de esta información, sea cual sea la vía que se escoja para su transmisión al paciente. Por tanto, se podrá apreciar tanto en las comunicaciones verbales, como en las comunicaciones o en los datos que, como es el caso del historial clínico, se recojan por escrito.

2.3.3. El deber de asistencia

2.3.3.1. Contenido general

1. De acuerdo con este deber, un profesional sanitario diligente queda obligado a ejercer su profesión ante quien la necesite¹⁷². Tal enunciado se manifiesta en un doble sentido: por un lado, como un deber de atender al que se encuentre en situación de necesidad¹⁷³; por otro lado, como deber de continuar esta atención mientras sea necesaria (continuación del tratamiento)¹⁷⁴. Ahora bien, esta atención o asistencia no se suele caracterizar en ninguna de sus facetas como deber absoluto, sino que existen matices que delimitan en este ámbito el comportamiento diligente.

2. Por lo que respecta al deber de atención en sentido estricto, no ha de ser entendido como una obligación de asumir como paciente a cualquier persona que reclame la atención de un médico. A fin de cuentas, existe una libertad de contratación que debe ser especialmente respetada en relación con los profesionales sanitarios, por la especial relación de confianza que, al menos tradicionalmente, ha caracterizado su prestación de servicios. Por

¹⁷² . Adoptamos aquí, pues, la caracterización de tal deber como independiente (frente a opiniones como la de LLAMAS POMBO, que lo contempla junto con el deber de competencia; *La responsabilidad...*, p. 54; «Sentencia...», p. 1013), tal y como lo recoge FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, pp. 188-189).

¹⁷³ . Este deber se recoge desde antiguo en los códigos de ética y deontología, puesto que responde a la esencia de esta profesión cuyo fin es ayudar al ser humano. El Código de Ética y Deontología Médica de 1990 incluye este deber en su artículo 4.5, para los casos de urgencia. En el apartado siguiente (4.6) se recoge igualmente para las situaciones de catástrofe, epidemia o riesgo de muerte. En estas situaciones, incluso, establece su deber de presentarse como voluntario para colaborar en las tareas de auxilio.

Su fundamento no sólo reside en razones de ética o humanismo médico, sino que, en palabras de ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, p. 34) se trata de «una especie de *contrapartida* del monopolio profesional: sólo los pertenecientes a éste *pueden ejercer* la medicina, pero al mismo tiempo, dichos miembros [...] *tienen el deber de actuar* en determinados casos».

¹⁷⁴ . Así lo destacan FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 150) o ROMERO COLOMA (*La medicina...*, p. 87).

el contrario, hay que subrayar que el ámbito concreto de esta obligación se despliega en las situaciones de urgencia o extrema necesidad¹⁷⁵.

3. Por lo que respecta a la faceta de continuación del tratamiento, el deber de asistencia también encuentra excepciones. De hecho, han de considerarse como tales en el marco de una relación contractual la concurrencia de cualquiera de los motivos legalmente establecidos¹⁷⁶. Pero, al margen de tal relación, también se han de considerar como excepciones la concurrencia de determinados supuestos, como los derivados de la ruptura de la relación de confianza entre médico y paciente o la concurrencia de circunstancias sobrevenidas que impidan al profesional la continuación del tratamiento¹⁷⁷. En tales circunstancias, se suele admitir la posibilidad de que el profesional sanitario interrumpa la prestación, siempre que remita al paciente a otro profesional que pueda continuar adecuadamente la atención requerida por el paciente¹⁷⁸ (supuesto en que tendrán relevancia las sustituciones entre profesionales a las que luego nos referiremos).

4. No obstante, hay que aclarar en relación a esta posible remisión, que el profesional sanitario no actúa negligentemente si remite a un profesional cuya actuación ocasiona posteriormente un daño. A falta de una relación de dependencia entre ambos y de acuerdo

¹⁷⁵ . Según LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, p. 54), en circunstancias normales se puede negar un profesional sanitario a prestar asistencia. El hecho de que la libertad contractual se vea mermada en ocasiones por el intervencionismo estatal o empresarial no le resta valor contractual (p. 151). Por ello, se ha de limitar este deber, como hace la doctrina mayoritaria, a los supuestos de urgencia (ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 35-36; GITRAMA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 335; LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, p. 55 y PARRA LUCÁN, «Sentencia del Tribunal Supremo de 19 junio 1990», *CCJC*, 1990, (mg. 625), p. 868). En este mismo sentido se manifiesta la doctrina de los países de nuestro entorno, como es el caso de Alemania (DEUTSCH, *Arztrecht...*, pp. 31-32) o Francia (PENNEAU, *Médicale...*, p. 20; *Médecin...*, p. 8).

¹⁷⁶ . Para un análisis de estas causas de terminación de la relación contractual, ver LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, pp. 56-57). De entre ellas, hay que destacar específicamente que suele aceptarse como causa de terminación de la relación contractual el desistimiento unilateral del profesional médico (como consecuencia derivada del carácter *intuitu personae* del contrato), si bien limitado a la concurrencia de una justa causa (SÁNCHEZ GÓMEZ, *Contrato...*, p. 109).

¹⁷⁷ . En concreto, el Código de Ética y Deontología Médica de 1990 recoge en sus artículos 9 y 10 dos excepciones a la continuidad de los servicios médicos: la falta de confianza manifestada por el enfermo frente a al profesional médico y el rechazo del paciente del tratamiento propuesto o la solicitud de aplicación de un tratamiento que el médico juzgue inadecuado por razones científicas o éticas (piénsese por ejemplo, en los casos de objeción de conciencia médica en relación al aborto).

¹⁷⁸ . Del mismo modo, la Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre Derechos de los Pacientes, adoptada en 1981 y enmendada en 1995, que recoge el derecho a la atención continua —mientras ésta se necesite—, permite la interrupción cuando se proporcione al paciente «ayuda razonable y oportunidad suficiente para hacer los arreglos alternativos para la atención».

Entre la doctrina, BONASI BENUCCI (*op. cit.*, p. 312) o PENNEAU (*Médicale...*, p. 21) condicionan la excepción al deber de asistencia al requisito de que el paciente quede atendido, por lo que no podrá desligarse de la prestación cuando sea el único profesional al que se pueda recurrir, o la situación de urgencia persista. Igualmente, entre nuestros autores, FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 150).

con el principio de confianza, que posteriormente veremos, únicamente le podrá ser imputada al profesional remitente responsabilidad cuando la incapacidad del otro profesional o su falta de competencia fuera cognoscible *a priori*.

2.3.3.2. Su reflejo en relación a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*

1. Si bien por las propias características de esta faceta del parámetro de comportamiento del profesional sanitario no es muy usual que el falso negativo provenga de un comportamiento negligente en este ámbito, este deber es también relevante en cierta medida en el ámbito de estas acciones de responsabilidad.

2. Por un lado, la obligación del profesional de prestar su atención a los sujetos que se encuentran en situación de necesidad es importante de cara a la proclamación de un deber de atención del profesional sanitario frente al *nasciturus* y al *concepturus*.

Esta atención deriva inicialmente del deber de competencia, si se analiza desde la perspectiva de la necesaria adecuación de la prestación sanitaria al estado de embarazo (pues no son iguales generalmente las exigencias de la *lex artis* frente a una paciente embarazada y no embarazada), o a la incidencia sobre la capacidad reproductora del paciente. Junto a ello, sin embargo, también se puede contemplar desde el punto de vista del deber de asistencia, como deber del profesional de dirigir también su actividad hacia el *concepturus* o el *nasciturus*, en tanto necesiten de ella, evitando la causación de daños directos. Negar en esta situación la atención al niño podría considerarse contrario a los deberes morales y éticos básicos por los que se guía la medicina.

3. Con mayor claridad, no obstante, se plantea esta incidencia del deber de asistencia sobre las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, cuando se contempla en relación a la faceta de continuación del tratamiento. Respecto a ella, surge en concreto la cuestión de determinar hasta cuándo se extiende el deber de asistencia. Se trata de determinar si es o no negligente no comunicar al paciente nuevos descubrimientos científicos que permitan reinterpretar el diagnóstico emitido en su momento, cuando tales avances son posteriores a la prestación desarrollada. No se trata, pues, de que se alegue que el profesional debía haber aplicado tales avances o dominado el saber recién descubierto (pues, como se dijo, los ries-

gos del desarrollo no se integran en el parámetro de la *lex artis*), sino de que se debía haber informado de ello¹⁷⁹.

Esta cuestión es estudiada en concreto por ANDREWS, que afirma tal deber de comportamiento a partir de la obligación que pesa sobre el médico de no abandonar al paciente: el médico no puede pretender haber acabado su servicio cuando posee información que precisa el paciente¹⁸⁰.

Sin embargo, pese a que un estudio similar no se encuentra en nuestro país, la respuesta que parece más adecuada –sobre todo a partir de la limitación temporal que algunos autores afirman respecto del deber de asistencia¹⁸¹– es una respuesta negativa. Resulta excesivo pretender que ante cada nuevo descubrimiento científico deba el profesional revisar los historiales de sus pacientes en busca de reinterpretaciones de sus dolencias. No se trata sólo de que esta labor consumiría probablemente tanto tiempo como el prestado a la atención de los propios pacientes, sino de que la obligación de asistencia se ha de definir de acuerdo con las necesidades que se pueden identificar en el momento en que se lleva a cabo la prestación sanitaria.

Salvo que otra cosa se haya pactado, o salvo que se trate de una prestación sanitaria de carácter continuado, en que no se haya puesto fin a la atención del paciente, hay que considerar que las necesidades posteriores son generadas por los nuevos descubrimientos y que, por tanto, dan lugar a una nueva prestación, diferente de la anterior, respecto de la que es necesaria un nuevo contrato o sometimiento a atención sanitaria.

¹⁷⁹ . En el mismo sentido se podrían plantear los supuestos en los que, producido un falso negativo, éste fuera detectado con anterioridad al plazo relevante, pero no se comunicase tal descubrimiento al paciente. Uno de estos casos podría haber sido el que dio lugar a una de las sentencias de la *Cour de Cassation* francesa de 26 de marzo de 1996: tras acudir a un diagnóstico preconcepcivo para averiguar la posible transmisión a la descendencia futura de una malformación del progenitor y recibir un diagnóstico falso negativo, los progenitores concibieron un niño que se vio afectado por la misma malformación. Entre el diagnóstico y la concepción, sin embargo, transcurrieron cinco años, plazo en el cual se podría haber informado del error a la pareja, a fin de informarles de las probabilidades de afección en la descendencia futura.

De todas formas, hay que señalar que aunque pudiera afirmarse aquí un comportamiento negligente en relación al deber de asistencia, no obstante, hay que señalar que cuando tal comportamiento procede del mismo sujeto que ocasionó el falso negativo, no es relevante la acumulación de la negligencia posterior. El falso negativo originado por el comportamiento negligente manifestado en el proceso de diagnóstico es ya de por sí suficiente para imputar subjetivamente la responsabilidad al sujeto que actuó negligentemente.

¹⁸⁰ . *Op. cit.*, pp. 169-174. Su opinión, pues, parece ser favorable, aunque lo plantea como hipótesis: «relying on cases involving the duty to recontact, courts may hold that professionals who undertake genetic diagnostic procedures, even if they had only a fleeting contact years earlier, have a duty to update patients about subsequently discovered meanings of those test».

¹⁸¹ . En este sentido, VICENTE DOMINGO (*Daños corporales...*, p. 106), por ejemplo, limita la atención al intervalo que va desde el momento en que contacta con el paciente, hasta el momento del alta médica.

2.3.4. El deber de secreto

2.3.4.1. Enunciado y límites

1. Este deber, contenido desde antiguo en el juramento hipocrático¹⁸² y proclamado actualmente por el artículo 7.1 de la Ley 41/2002¹⁸³, se fundamenta en el derecho a la intimidad del paciente, por un lado, y en la relación de confianza con el profesional sanitario, por otro¹⁸⁴. Consiste en el deber de no divulgar la información sobre el paciente, de la que tenga conocimiento el profesional sanitario por razón de la prestación desarrollada¹⁸⁵.

2. Actualmente, este deber no se caracteriza como un deber absoluto, ni frente al propio paciente ni frente a la sociedad, sino que se admiten diversos límites al mismo, en atención de la concurrencia de circunstancias especiales. Así, entre otros motivos, la protección de terceros o de la comunidad, el interés de la justicia o el avance de la ciencia son justificaciones para la revelación de los secretos conocidos por el profesional sanitario¹⁸⁶.

¹⁸². «Guardaré silencio sobre lo que, en mi consulta o fuera de ella, vea u oiga, que se refiera a la vida de los hombres y que no deba ser divulgado. Mantendré en secreto todo lo que pudiera ser vergonzoso si lo supiera la gente». Fórmula atribuida generalmente al médico griego Hipócrates de Cos, 460-370 a.C. (si bien tal atribución es mayoritariamente negada entre los filólogos, que suelen datar el juramento en fechas más avanzadas). El texto completo del mismo se puede encontrar, en VINTRÓ (*Hipócrates y la nosología hipocrática*, Ariel, Barcelona 1973, pp. 270-271), así como en <http://www.unav.es/humbiomedicas>.

¹⁸³. Su reconocimiento actual es generalizado (ver al respecto EMALDI CIRIÓN, *El consejo...*, pp. 292-300). Así, ha de destacarse que el Código de Ética y Deontología Médica de 1990 lo regula actualmente con cierta extensión en los artículos 16 a 20, tanto para el médico, como para sus colaboradores. También es recogido por diversos textos internacionales, entre otros, la Declaración de Ginebra (1948), el Código Internacional de Ética Médica adoptado por la Asociación Médica Mundial (1949), o la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del paciente (1981).

¹⁸⁴. Así lo afirman, entre otros, ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, p. 185); GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, p. 130); MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, p. 380 y 381) y ROMERO COLOMA (*La medicina...*, p. 25).

Igualmente, entre la doctrina extranjera, DE CRUZ (*op. cit.*, pp. 48 y 51); DEUTSCH (*Artzrecht...*, p. 181) y ULSEHEIMER (en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 548). Estos autores ponen quizá un mayor acento en la relación de confianza entre el profesional y el paciente, lo que implica que el interés en este deber trasciende al propio paciente y reside en la preservación de esta confianza que sirve de base a la atención sanitaria.

¹⁸⁵. «Se extiende, tanto a los datos contados por el paciente, como a los descubrimientos que el médico haga en el tratamiento y al diagnóstico final: en definitiva el secreto se extiende a todos los hechos que el médico conoce en razón de su profesión», dice FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, pp. 153-154) y es corroborado, entre otros, por LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, p. 275) o ROMERO COLOMA (*La medicina...*, pp. 21-22, 24).

¹⁸⁶. Según EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, p. 285), impera en la actualidad la tesis relativa del secreto médico, conforme a la cual este deber puede ceder ante el perjuicio de otros intereses. Como justificación de la revelación en estos casos acude SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p. 177) a la idea de estado de necesidad. Para una completa visión de estas limitaciones, ver FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, pp. 154-161) y MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, pp. 386-392).

Hay que advertir, no obstante, que la noción de relatividad del deber de secreto se ha estudiado también en otro sentido, a partir del fundamento de este deber en el interés del paciente o en el interés público (supuesto este último de la tesis absoluta). Conforme a ello, se trata de mantener el deber de secreto como garantía de la relación entre médicos y pacientes. Éstos serían remisos a revelar sus secretos —necesarios para su

Ahora bien, tales justificaciones son excepcionales, y fuera de ellas la infracción del deber de secreto se caracteriza en la actualidad, incluso, como delito (artículo 199.2 Cp)¹⁸⁷.

2.3.4.2. Relación con las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*

1. El interés que tiene este deber de cara a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* se manifiesta en relación a las enfermedades genéticas y las transmisibles, cuya trascendencia no sólo incide sobre el paciente, sino que puede manifestarse respecto de su descendencia —lo que es de interés para su pareja—, o incluso, en el caso de las enfermedades genéticas, respecto de sus parientes. Por ello surge la cuestión de si el profesional sanitario queda relevado en este caso de su deber de secreto y si adquiere correspondientemente un deber de información frente a estos otros sujetos (en la medida en que puedan verse afectados), cuestión que se agrava especialmente cuando el paciente se opone a esta comunicación, que vulnera su intimidad.

De cara a la cuestión que se plantea en estas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, se trata de definir si es una conducta negligente la del profesional sanitario que no pone en conocimiento de estos otros sujetos el posible mal que amenaza a su descendencia futura cuando el paciente al que ha atendido se ha opuesto a tal comunicación¹⁸⁸.

correcta atención— si no confíasen en la discreción del profesional (ver al respecto, ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 179-183; LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, pp. 277-279 y SÁNCHEZ GÓMEZ, *Contrato...*, p. 166).

¹⁸⁷ Como relata ATAZ LÓPEZ, esta conducta se despenalizó con el Código penal de 1870 y permaneció así salvo en el breve periodo de vigencia del Código penal de 1928 (*op. cit.*, p. 178). La única sanción existente era la deontológica, junto con la civil derivada del artículo 7.4 de la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de 5 de mayo, como intromisión ilegítima en la intimidad del paciente (ROMEO CASABONA, «Aspectos...», p. 171). El Código penal de 1995, sin embargo, la ha reinstaurado. La tipicidad de este comportamiento se contempla también en Alemania (§ 203 StGB) y Francia (artículo 378 del Código penal).

¹⁸⁸ Si el paciente no se opone, puede afirmarse que no existe obstáculo a la comunicación de la enfermedad por parte del profesional (aunque en estos casos suele ser el propio paciente el que comunica la incidencia a los afectados, como señala DE SOLA, *op. cit.*, p. 187). Superada la noción de este deber de secreto como deber absoluto, que limitaría la libertad de actuación al respecto del propio paciente (aunque parece pervivir en autores como ROMEO CASABONA, «Aspectos...», pp. 172-173), ha de admitirse que el paciente puede relevar al profesional de su deber de secreto (de hecho, así parece admitirlo el inciso final del artículo 5.1 de la Ley 41/2002, al disponer la posibilidad de un consentimiento expreso o tácito del paciente para que la información sea transmitida a las personas próximas a él).

Se entiende que con ello desaparece la noción de secreto (según ROMERO COLOMA; *La medicina...*, pp. 23 y 37) o la de lesión (según YZQUIERDO TOLSADA, *Profesional liberal...*, p. 245). Así, la doctrina mayoritaria nacional (por todos, LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, p. 280) y extranjera (DE CRUZ, *op. cit.*, p. 57; DEUTSCH, *Artztrecht...*, p. 186 y ULSEHEIMER, en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 555) acepta en la actualidad esta posibilidad de relevo del deber de secreto por consentimiento del paciente.

La autorización del paciente, no obstante, no crea la obligación para el profesional de revelar el secreto, sino que únicamente le autoriza para ello (ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 183; FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, p. 158 y

2. Ha de aclararse, no obstante, que, por lo que respecta a la comunicación respecto de la pareja del paciente, el problema se plantea sólo cuando únicamente uno de los miembros de la pareja se somete a diagnóstico, no en los casos en que la prestación sea acordada con ambos miembros de la pareja. En este último caso —que se planteará generalmente en el ámbito contractual y, más concretamente, en relación a diagnósticos preconceptivos puros—, hay que entender un consentimiento tácito por parte de cada sujeto conforme al cual el profesional sanitario puede comunicar al otro miembro de la pareja la información sobre uno de ellos. Por tanto, el deber de información se extiende a ambos sujetos, sin que quede limitado por el deber de secreto¹⁸⁹.

3. Al plantearse esta problemática en Estados Unidos, se ha admitido una excepción al deber de secreto, cuando se pone en peligro a otros sujetos o a la sociedad en general¹⁹⁰. La existencia de una amenaza para la salud de terceras personas puede ser suficiente para excluir excepcionalmente en estos casos el deber de secreto, al menos donde el riesgo sea inminente, requisito este último que hace dudar de la aplicación de esta doctrina —como mínimo— a los supuestos de enfermedades genéticas, donde no hay riesgo inmediato¹⁹¹.

SÁNCHEZ GÓMEZ, *Contrato...*, p.180), afirmación de la que se exceptúa generalmente el supuesto de que se encuentren en peligro intereses de terceros, lo que convierte en obligación la autorización del paciente. Por ello, en relación al supuesto de hecho de las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* o *wrongful life*, si se aprecia como peligrosa la situación en que se encuentra la descendencia futura, podría considerarse negligente la negativa del profesional a revelar el secreto, una vez autorizado para ello.

¹⁸⁹. Así lo afirma EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, p. 317). FISCHER (*op. cit.*, p. 438) y OSTHEIDE (*op. cit.*, pp. 140-143) se plantean, no obstante, la posibilidad de que en el caso de las parejas se pueda entender siempre implícito un contrato con efecto de protección frente a tercero, bajo ciertas condiciones (p. 142). Sin embargo, tal esquema contractual únicamente serviría para proclamar un posible deber de información frente a la pareja del paciente cuando se pudiera entender que éste consentía expresa o tácitamente (artículo 5.1 de la Ley 41/2002); pero no cuando se oponga expresamente a esta comunicación, que vulnera su intimidad.

¹⁹⁰. Elaborado principalmente en relación al problema de las enfermedades contagiosas, la jurisprudencia, a partir del caso *Simonsen v. Swenson* (y posteriormente en *Davis v. Rodman*; *Skillings v. Allen*; *Gammill v. United States*), así como la doctrina, admiten la posibilidad del profesional sanitario de ignorar el deber de secreto y comunicar a un tercero el riesgo que le amenaza procedente de su paciente. En este sentido se pronuncian, por ejemplo, CAPRON (*op. cit.*, pp. 675-679) o DE CRUZ (*op. cit.*, p. 636).

Esta excepción se admite igualmente en Alemania (DEUTSCH, *Arztrecht...*, pp. 184-185; SCHLUND, en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 575 y ULSEHEIMER, en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 557). Sin embargo, en Inglaterra, señalan KENNEDY y GRUBB que los tribunales serían reacios a tal ruptura del deber de secreto. En presencia de un mejor interés de tercero se podrá permitir la revelación de la información, pero no obligar a ello (*Principles...*, p. 316). Tal idea es compartida por STERN («Confidentiality and medical records», en KENNEDY y GRUBB, *Principles of medical law*, Oxford University Press, Somerset 1998, p. 516), que destaca que el deber de advertir sólo se admitiría en circunstancias excepcionales, para enfermedades graves e individuos indentificados.

¹⁹¹. Se argumenta a este respecto que en las enfermedades genéticas el riesgo existe y seguirá existiendo se comunique o no al paciente. De hecho, como pone de relieve EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, p. 32), este tipo de enfermedades, «al transmitirse a través de los mecanismos de la reproducción no representan un riesgo grave para la salud pública». Por ello, ANDREWS considera que se trata de un deber excesivo (pp. 174-181).

Tal doctrina se puede trasvasar a nuestro país, donde, como ya se ha visto, se acepta la limitación del deber de secreto en atención a un interés superior de terceros que se vea amenazado (amenaza que plantea el mismo problema que se plantea en Estados Unidos). A través de una adecuada ponderación de los intereses en conflicto se puede llegar, pues, a relevar en estos casos al profesional de su deber, pese a la oposición del paciente¹⁹².

4. De todas formas, el hecho de que lo que aquí se plantea es una excepción al deber de secreto y al derecho a la intimidad del paciente induce a pensar que la comunicación a los terceros no puede establecerse como un deber de información frente a éstos, por cuyo incumplimiento se pueda reclamar (salvo que se extienda contractualmente tal deber de información y se entienda un consentimiento tácito a la revelación del secreto)¹⁹³.

Se tratará más bien de una situación excepcional en la que el profesional sanitario deberá valorar el riesgo planteado frente a estos terceros y su descendencia frente al derecho del paciente a la intimidad y su propio sometimiento al deber de secreto. Que se pueda limitar el deber de secreto y el derecho a la intimidad del paciente no conlleva, pues, un correlativo deber del profesional sanitario frente a terceros, ni la calificación de negligencia en su actuación cuando no comunique esta información¹⁹⁴.

Ahora bien, en atención a las consecuencias graves que tal conocimiento puede tener de cara a la descendencia, CAPRON insiste en proclamar al menos un deber moral por parte del profesional sanitario (*op. cit.*, pp. 677-679); y entre nuestros autores, DE SOLA (*op. cit.*, p. 189) señala que es suficiente una amenaza seria a la salud para apreciar la excepción.

¹⁹² En concreto, en relación a la excepción al deber de secreto por la puesta en peligro de intereses de terceras personas, admite expresamente la revelación de la información relevante el artículo 18.3 del Código de Ética y Deontología Médica.

La idea del peligro inminente, no obstante, no siempre aparece en nuestro caso, sino que lo que se aprecia es la concurrencia de otro interés superior al que protege el secreto (la intimidad del paciente). Así, MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, p. 390) admite la quiebra del secreto, «cuando se trate de evitar un mal grave superior al bien protegido por el secreto». Pese a ello, la idea es discutida, pues, como pone de relieve EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, pp. 33, 316-317), los datos personales son de gran relevancia y una libertad del médico para revelarlos conlleva un riesgo de uso abusivo (nota 526). Así, lo más que puede hacer el profesional es recomendar al paciente que comunique a los parientes o a la pareja la información en cuestión.

En realidad, como sugiere DE SOLA (*op. cit.*, p. 188), ha de atenderse al caso concreto, ponderando los intereses en conflicto, tanto por parte del paciente, como del tercero. Así, MARTÍN BERNAL, tras estudiar la cuestión para el caso concreto de la comunicación a terceros de que un sujeto está afectado por el VIH, señala: «aunque éticamente pudiera ser admisible desvelar el secreto en las condiciones expresadas, los riesgos que se corren [...] desaconsejan decididamente la autorización a la ruptura» (*Responsabilidad...*, p. 398).

¹⁹³ A esto añaden tanto LAUFS, como ULSENHEIMER (en LAUFS/UHLENBRUCK, respectivamente, pp. 503 y 557) el caso de que el profesional ocupe una posición de garante.

¹⁹⁴ Según destaca DE SOLA (*op. cit.*, p. 187), la opinión generalizada es que el deber y la responsabilidad se atribuye al paciente que se opone a la comunicación de los datos descubiertos; obligación que, según el autor, no es sólo moral, sino jurídica, en virtud de la normativa de alimentos (p. 188) y del 1902 Cc en el caso de la información relativa a la descendencia (p. 190). Con igual contundencia, afirma LILIE (*op. cit.*, p. 205) que los padres tienen un deber de permitir que se transmita a los parientes la información genética relevante.

2.4. La adaptación de la diligencia al caso concreto. La *lex artis ad hoc*

1. El modelo de conducta que se ha analizado hasta el momento es un modelo abstracto y general que, conforme al artículo 1104 Cc, requiere una adaptación al caso concreto, de acuerdo con las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar¹⁹⁵.

2. En este sentido, doctrina y jurisprudencia se muestran conformes en señalar que para determinar la conducta diligente o negligente de un profesional sanitario en un determinado caso se ha de concretar el parámetro general de conducta (*lex artis*), adaptándolo al supuesto concreto (*lex artis ad hoc*)¹⁹⁶. Es, pues, este modelo de conducta adaptado a las circunstancias del caso concreto el que se ha de emplear como parámetro de enjuiciamiento del comportamiento de un profesional sanitario en una prestación sanitaria determinada, a fin de contemplar su posible calificación como negligente¹⁹⁷.

2.4.1. Circunstancias de las personas

¹⁹⁵. Proclama al respecto el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de abril de 1994 que la *lex artis ad hoc* es aquella que se adecua «en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y transcendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria)».

Como destaca ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 34), en el ámbito médico tal adecuación era reconocida ya desde la tradición hipocrática, en que se aceptaba que el parámetro de la *lex artis* quedaba sometida a las limitaciones del hombre que la ejerce, así como del enfermo y de los medios disponibles. En nuestro caso, la adecuación se realiza por la vía del artículo 1104 Cc, que, por tanto, no sólo sirve —como ya se indicó— para elevar y concretar el parámetro de diligencia de los profesionales sanitarios respecto del parámetro general de diligencia del «hombre medio» o del «buen padre de familia»; sirve también para adecuar este modelo de conducta prefijado al caso concreto. Esta relación del artículo 1104 Cc con la *lex artis ad hoc* es señalada por la mayoría de la doctrina (por todos, ALONSO PÉREZ, M., «La relación...», p. 37; GALÁN CORTÉS, *La responsabilidad...*, p. 7 y LLAMAS POMBO, «Sentencia...», p. 1013).

¹⁹⁶. Con ello, se interpreta la contradicción entre los párrafos primero y segundo del mencionado precepto, considerando que el modelo abstracto contenido en el párrafo segundo es el punto de partida, que se ha de concretar conforme a lo establecido en el párrafo primero (ver en el mismo sentido, entre otros, SÁNCHEZ GÓMEZ, *Contrato...*, pp. 118-119 o YZQUIERDO TOLSADA, *Profesional liberal...*, p. 279). Esta misma determinación de la diligencia en dos pasos —abstracto y concreto— parece encontrarse también en DE CUPIS (*op. cit.*, p. 230), en la medida en que señalaba que el parámetro era abstracto (no se tienen en cuenta las características personales del culpable); pero no uniforme (varía según el ambiente histórico y geográfico).

¹⁹⁷. Tal es el parecer de la mayoría de la doctrina, que centra en la *lex artis ad hoc* el parámetro de diligencia (en palabras de MARTÍNEZ-CALCERRADA, «cada acto, una ley», *La responsabilidad...*, pp. 309-310). Destacan especialmente las palabras de ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 39), cuando sostiene: «no hay otra *lex artis* que la que el médico aplica ante el enfermo (*lex artis ad hoc*) [...]: a efectos de la *lex artis*, propiamente dicha, sólo existen enfermos concretos, enfermedades concretas [...], centros sanitarios concretos, médicos responsables concretos. La *lex artis*, por principio, se nutre de la ciencia, pero se hace realidad en el contacto del médico con el enfermo». Ver en el mismo sentido, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ (*El régimen...*, p. 374); FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 98, 200, 203); GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, pp. 19, 48); GÓMEZ CALLE («El fundamento...», pp. 1741-1742); MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, p. 219).

1. La adaptación del parámetro de diligencia de acuerdo a las circunstancias de las personas obliga a tener en consideración, en primer lugar, las circunstancias personales del paciente (estado, evolución y modo de reacción de su organismo, circunstancias familiares...) ¹⁹⁸. En tanto que la actuación del profesional se desarrolla sobre un determinado sujeto, no hay duda que es la prestación la que se debe adecuar a éste y no al revés.

De cara a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, completando una idea que ya se ha mencionado en páginas anteriores, hay que afirmar que el profesional sanitario ha de llevar a cabo la prestación de diagnóstico de acuerdo con las características particulares del paciente y los indicios de riesgo presentes en él, limitando a éstos la prestación de diagnóstico preimplantatorio, preconcepcivo o prenatal. Por ello, el profesional diligente deberá examinar todas y cada una de las posibles enfermedades genéticas o transmisibles y todos los posibles males que amenacen a la descendencia futura respecto de las que exista un indicio de riesgo; pero no aquellas otras sobre las que nada indique su presencia. En la constatación de estos indicios, no obstante, se deberá exigir un rigor especial.

2. Pero las circunstancias del paciente sirven también para delimitar los supuestos de negligencia. En concreto, no será negligente el comportamiento del profesional sanitario que se aparte de los dictados de la *lex artis*, si así lo requieren las especiales condiciones físicas o psíquicas del paciente. Si dichas circunstancias desaconsejan un determinado procedimiento o la aplicación de una técnica o prueba, el profesional sanitario podrá prescindir de ella, aunque no sea lo que aconseje en general la *lex artis* ¹⁹⁹.

¹⁹⁸. Por todos, ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 37).

¹⁹⁹. Es posible, pues, que la situación concreta del paciente desaconseje la práctica de una determinada prueba. De hecho, PÉREZ-TENESSA muestra cómo gran parte de las pruebas de diagnóstico prenatal son «invasivas» y conllevan un riesgo de daño al feto o de provocación del aborto. Por ello, señala el autor que se ha de restringir su práctica a la existencia de fundadas sospechas de que el feto esté afectado (*op. cit.*, p. 50). En esta misma línea, WEBER parece recomendar que en la elección de la prueba diagnóstica se tenga también en cuenta el interés del embrión o feto, optando por las pruebas menos lesivas para éste (*op. cit.*, p. 35-38); idea que recoge también BERENSON (*op. cit.*, p. 898 nota 11), al señalar que cuando el riesgo sobrepasa al beneficio y desaconseja una prueba, es preferible acudir a otro tipo de pruebas para buscar el mismo mal.

Por poner un ejemplo que se relaciona con las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, la práctica de la prueba de la amniocentesis no siempre es recomendable, pues conlleva un riesgo de que se produzca un aborto espontáneo (riesgo que valoran DE LA FUENTE y BAJO, «Métodos...», p. 141, en un 1%, pero que se incrementa en la situación de algunas mujeres, por diversas circunstancias); y la de la biopsia de las vellosidades coriales, alcanza entre un 2 y un 4% (DE LA FUENTE y BAJO, «Métodos...», p. 144). Para un análisis de estas pruebas, así como sus riesgos, ver EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, pp. 135-141).

Tal fue el caso contemplado por la SAP León de 15 de septiembre de 1998, en que se consideró acorde a la *lex artis* el consejo a la embarazada de no someterse a una amniocentesis por la existencia de dos motivos de contraindicación (placenta de cara anterior y útero miomatoso): «El que el médico demandado desaconsejara a la actora la realización de la prueba de amniocentesis no constituye una mala praxis, pues a la vista de

No obstante, hay que puntualizar que cuanto más inocua sea la técnica en cuestión o menor el riesgo, menor es también la posibilidad de que se pueda acudir a esta excepción para justificar la falta de actuación del profesional sanitario en el caso concreto²⁰⁰. Por otra parte, el profesional queda en todo caso obligado a informar al paciente de los riesgos que conllevaría la técnica de diagnóstico o procedimiento indicado, al igual que los posibles beneficios, a fin de que sea éste quien decida al respecto²⁰¹.

3. La adaptación a las circunstancias de las personas, no obstante, se ha de manejar con cuidado cuando se contempla al otro sujeto implicado en la relación: el profesional sanitario. A la hora de establecer el concepto de diligencia, a diferencia del derecho penal, el derecho civil parte de parámetros objetivos, como ya se dijo, basados en criterios de comportamiento medio en el ámbito de la actividad en cuestión. Consiguientemente, no se trata de ver si la propia capacidad del profesional sanitario le permitía en el caso concreto evitar el daño, sino que se trata de definir esta conducta como diligente o negligente de acuerdo con un parámetro objetivo preestablecido²⁰².

las circunstancias concurrentes, tal recomendación se ajustaba a las normas y protocolos de actuación de la época». Esta solución es aprobada por GALÁN CORTÉS (*Consentimiento...*, p. 584). Ahora bien, como afirma la SAP Madrid de 5 de mayo de 1998, es el profesional el que ha de acreditar que en el caso concreto las pruebas no eran necesarias o eran peligrosas para la paciente.

²⁰⁰ . Por poner un ejemplo, esto es lo que ocurre en relación con las ecografías durante el embarazo. La ecografía es una técnica basada en la exploración a través de ultrasonidos que, una vez proyectados sobre un determinado tejido, chocan o rebotan al encontrarse con órganos o cuerpos de distinto tejido o densidad, proyectándose este choque como una especie de eco en la imagen que transmiten al monitor. Los estudios no han demostrado de momento ningún efecto que esta técnica produzca en el cuerpo de los sujetos sobre los que se aplica, por lo que se considera una técnica inocua para la salud de la madre o del feto, que carece de efectos secundarios (así lo indican GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO, *op. cit.*, p. 83). Por ello, su omisión habrá de justificarse de forma más estricta que la de otro tipo de pruebas que entrañen mayores riesgos, como las radiografías, resonancias magnéticas, amniocentesis o, en general, toda técnica de diagnóstico invasiva (ver respecto a estas técnicas, EMALDI CIRIÓN, *El consejo...*, pp. 133-135).

²⁰¹ . En este sentido, la SAP León de 15 de septiembre de 1998 afirma que el médico no está obligado a la práctica de toda prueba prenatal, sino a informar de su existencia, riesgos, etc. La decisión última sobre la realización de determinada técnica sólo la puede adoptar el paciente (opinión con la que coincide el alemán OSTHEIDE, *op. cit.*, p. 93).

²⁰² . Esta concepción se encuentra igualmente en el derecho comparado, donde, según DE CRUZ (*op. cit.*, p. 533), GIESEN (*International...*, pp. 94-95), o FISCHER y LILIE (*op. cit.*, p. 11) es un criterio general que no se trata de ver la capacidad individual del médico, sino que se ha de atender al parámetro del grupo profesional adecuado a las circunstancias. Así, como señala GONZÁLEZ MORÁN (*op. cit.*, p. 80), la adecuación a las características del deudor se ha de interpretar como adecuación a su condición de médico, así como a su carácter profesional específico (es decir, su especialidad o profesión); idea con la que coincide LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, p. 223). Si bien FERNÁNDEZ COSTALES (*La responsabilidad...*, pp. 80 y 85) parece inclinarse por un parámetro subjetivo, al señalar que no se puede exigir de todos los médicos la misma valía profesional, en realidad en lo que incide este autor es en que sí se ha de tener en cuenta la diversa especialidad o especialización del profesional para determinar su parámetro de diligencia.

Esto impide que la falta de cualificación de un determinado profesional en el caso concreto obligue a adaptar a sus circunstancias personales el parámetro de conducta respecto del cual calificar la negligencia. Este parámetro se determina para el deudor de acuerdo con el criterio medio del «buen profesional»; parámetro que se deberá adecuar a cada profesión sanitaria en cuestión, siendo consiguientemente más elevado cuanto mayor sea el grado de especialización, pero debiendo considerar igualmente las características de la prestación que se debe desarrollar²⁰³.

2.4.2. Circunstancias de tiempo

1. La adaptación de la *lex artis ad hoc* de acuerdo con las circunstancias del tiempo se manifiesta desde diversas perspectivas:

2. En primer lugar, estas circunstancias son relevantes en conexión con el estado de la ciencia y de la técnica. Como ya se indicó, el momento en el que se desarrolla la prestación es el que se ha de tener en cuenta para establecer cuáles eran los conocimientos manejados en el ámbito médico. A partir de éstos se concreta el deber de competencia al que se debe someter en el caso concreto la actuación del profesional sanitario²⁰⁴.

3. En segundo lugar, el tiempo es también importante para determinar el parámetro del comportamiento que debe ser desarrollado por el profesional sanitario en relación al plazo para desarrollar las prestaciones médicas. Ha de verse en cada caso concreto si la prestación que se ha de desarrollar está sometida o no a término esencial.

4. En tercer lugar, el tiempo incide en la determinación del parámetro de diligencia en situaciones de urgencia (como circunstancias en que el tiempo del que se dispone para desarrollar una prestación médica se ve reducido por un estado de necesidad), que pueden justificar comportamientos que, de acuerdo con la *lex artis*, hubieran sido considerados negligentes²⁰⁵. Aunque es difícil que las acciones aquí planteadas surjan en un contexto de

²⁰³. Como excepción, CARRASCO PERERA («Artículo 1104...», p. 621) considera que cuando la capacidad del profesional es superior a la media, se le puede exigir una mayor diligencia, pues ésta se constituye en torno al modelo de una persona de sus especiales condiciones: «quien cobra más que sus colegas por saber más que sus colegas, no puede poner la diligencia exigible a sus colegas».

²⁰⁴. PÉREZ-TENESSA (*op. cit.*, p. 58), de hecho, define la *lex artis* como el nivel asistencial exigible desde el punto de vista científico y técnico en el momento y lugar en que se realiza la actuación médica (definición que proviene –salvo por la referencia del «lugar», que es cosecha propia del autor– del Dictamen 3754/2001, de 25 de enero, del Consejo de Estado).

²⁰⁵. Por ejemplo, como señala FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 107), la urgencia puede justificar la escasez de materiales, instrumental y medios. O, como ya se apuntó, la falta de cualificación del profesional sanitario.

atención de urgencia, si así fuera, la modulación del parámetro de conducta y su adaptación a las circunstancias en estos casos podría ser relevante, por ejemplo, de cara a apreciar si fue o no negligente la omisión de ciertas pruebas o procedimientos.

2.4.3. Circunstancias de lugar

1. La adaptación más problemática de la *lex artis* es la que se plantea en relación con las circunstancias del lugar, pues éste puede influir en relación al conjunto de saberes científicos y técnicos que integren la ciencia médica, así como en relación a los medios de que se disponga para llevar a cabo las prestaciones médicas. De hecho, es una realidad innegable que no alcanza el mismo nivel el conocimiento científico y la dotación instrumental en países desarrollados que en países subdesarrollados, motivo por el cual la adecuación de la prestación a esta circunstancia local puede derivar en el establecimiento de parámetros de diligencia de muy diverso grado²⁰⁶.

2. A partir de este hecho, parece que el menor grado de desarrollo del lugar en que se plantee el acto médico en cuestión ha de reducir el parámetro de conducta al que queda sometido el profesional sanitario en su actuación (en comparación con un parámetro objetivo universal). No se les puede exigir a los profesionales médicos de un determinado país una conducta superior a los recursos del mismo, pues con ello se les imputan riesgos excesivos que podrían llevar hacia una desincentivación de la práctica médica²⁰⁷.

Según GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, pp. 53-56), estas situaciones no eximen al profesional de pensar y actuar en beneficio del enfermo, aunque sí produce un ajuste de esta conducta (la regla que se ha de seguir como parámetro en estos casos es la que ya se enunciaba en tiempos de Hipócrates: «tratar al enfermo como uno mismo quisiera ser tratado»).

²⁰⁶ . Como señala ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», pp. 38-39), «la *lex artis* no obedece a criterios universales, ni uniformes, ni susceptibles de aplicarse en todas partes. No son las mismas reglas en un lugar o en otro, influye la geografía, los métodos adoptados en los centros sanitarios según países y culturas».

²⁰⁷ . A esto parecen oponerse SALVADOR CODERCH, SOLÉ FELIU, SEUBA TORREBLANCA, RUIZ GARCÍA, CARRASCO MARTÍN y LUNA YERGA, cuando sostienen que, desde un punto de vista espacial, el ámbito del conocimiento científico y técnico es mundial, ya que la ciencia es universal y no reconoce fronteras regionales o estatales (*op. cit.*, p. 14. SALVADOR CODERCH, SOLÉ FELIU se limitan a afirmar que la cuestión es debatida, *op. cit.*, p. 55). Con ello se persigue evitar que los profesionales de países menos desarrollados se parapeten en el menor desarrollo de su país para eludir la responsabilidad.

Si bien es cierto que el conocimiento científico y técnico se establece sobre la base del conjunto de la ciencia y que, por tanto, los límites de tal conocimiento se determinan de acuerdo con un parámetro universal, de lo que aquí se trata es de establecer cuál es el parámetro de conducta que se ha de manejar en el caso concreto, materia en que el artículo 1104 Cc establece la necesidad de adecuar al lugar en que se preste la atención médica la diligencia exigible. Aunque pueda ser razonable situar el límite de la exoneración por los riesgos del desarrollo en ese criterio universal, no lo es asociar igualmente a este límite el parámetro de la negligencia. Éste ha de adecuarse, pues, espacialmente (y en este sentido, declara BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO que «lo importante es si la imprevisión sobre las malformaciones del feto entran dentro de los límites de la

Por tanto, frente a un teórico parámetro de la *lex artis* formado por los conocimientos científicos y técnicos universales, las circunstancias del lugar pueden crear una discordancia entre la *lex artis* en abstracto y la *lex artis ad hoc*, que puede ser muy relevante a la hora de enjuiciar la diligencia de una conducta en el ámbito aquí estudiado.

3. De hecho, esta consideración complementa una afirmación que se hizo anteriormente al estudiar los límites del deber de competencia. No existirá negligencia en un supuesto de *wrongful birth* y *wrongful life* no sólo cuando la enfermedad o defecto no fuera detectable de acuerdo con el estado de la ciencia y de la técnica, sino tampoco cuando no fuera detectable de acuerdo con las circunstancias del lugar en que se desarrolle la prestación. Correspondientemente, cuanto mayor sea el grado de desarrollo del lugar en que se lleve a cabo el diagnóstico aquí implicado, mayor será la diligencia exigible a los profesionales sanitarios para la detección de los defectos o males de la futura descendencia, pero siempre con el límite máximo del estado de la ciencia y de la técnica.

4. En el caso particular de España, el grado de desarrollo médico es suficientemente elevado como para que existan pocas discordancias entre el estado de la ciencia y de la técnica y el parámetro de la *lex artis ad hoc*, aunque habrá que admitir la posibilidad de una diferencia en la medida en que no se encuentren al alcance de los profesionales sanitarios españoles las técnicas o conocimientos científicos más punteros.

Aunque las competencias en materia de salud se encuentren actualmente delegadas a las diversas Comunidades Autónomas —lo que puede producir ciertas diferencias entre las diversas regiones²⁰⁸—, ha de partirse de una uniformidad respecto del desarrollo en materia

praxis médica en nuestro país», «4 de febrero de 1999...», p. 857 y JONES: «the practices adopted or state of knowledge in other countries are not necessarily evidence of the appropriate standard in the United Kingdom»; en KENNEDY y GRUBB, *Principles...*, p. 353).

²⁰⁸ . Aunque el Estado goza de competencia exclusiva en materia de «sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad» (artículo 149.1.16 CE), el artículo 41 y la Disposición Adicional Sexta I LGS previó la posibilidad de transferencia o delegación de competencias a cargo del Estado a las Comunidades Autónomas (las que hubieran asumido en sus Estatutos de Autonomía). Inicialmente, la coordinación de los servicios de salud y la prestación de éstos se atribuyó al INSALUD (artículo 1 RD-Ley 36/78, de 16 de noviembre y artículo 1 del RD-Ley 1855/79, de 30 de julio), si bien de forma paralela, las diecisiete Comunidades Autónomas incluyeron en un inicio —o en sucesivas reformas— en sus Estatutos de Autonomía competencias para —dentro del marco de la legislación básica del Estado— desarrollo y ejecución de la materia de sanidad, así como coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social.

En la actualidad, la situación es que la competencia en materia de prestación de servicios sanitarios se ha transferido de forma íntegra a las diversas Comunidades Autónomas, incluyendo en tal traspaso «las funciones y servicios, así como los bienes, derechos y obligaciones, el personal y los créditos presupuestarios adscritos a los mismos» (Cataluña: RD 1517/1981, de 8 de julio; Andalucía: RD 400/1984, de 22 de febrero; País Vasco: RD 1536/1987, de 6 de noviembre; Valencia: RD 1612/1987, de 27 de noviembre; Galicia: RD

científica. La unidad del territorio (en relación a normativa y planes de estudio), junto a la fluidez en la comunicación entre las regiones, uniformiza la difusión del conocimiento científico y crea un parámetro uniforme de *lex artis ad hoc* para todo el territorio.

2.4.4. Los condicionamientos económicos

1. Este último factor de adaptación de la *lex artis* al caso concreto lleva a plantearse otra posible limitación del parámetro de diligencia preestablecido en relación al desarrollo de las actividades médicas, que no se encuentra expresamente contemplado por el artículo 1104 Cc, pero que se impone por igual en todos los Estados. Se trata en concreto de la contemplación de una serie de factores exógenos a la prestación que inciden *de facto* en ella: los condicionamientos económicos.

Estos condicionamientos determinan en muchas ocasiones el nivel de atención que puede ser dispensado de hecho al paciente, o el material e instrumental exigible para cada profesional sanitario²⁰⁹, por lo que parece que matizan, consiguientemente, la diligencia que le puede ser exigida al profesional sanitario. Al menos, parece que contribuyen a fijar, en cierto modo, el límite de lo previsible o de lo evitable²¹⁰.

1679/1990, de 28 de diciembre; Navarra: RD 1680/1990, de 28 de diciembre; Canarias: RD 446/1994, de 11 de marzo; Asturias: RD 1471/2001, de 27 de diciembre; Cantabria: RD 1472/2001, de 27 de diciembre; La Rioja: RD 1473/2001, de 27 de diciembre; Murcia: RD 1474/2001, de 27 de diciembre; Aragón: RD 1475/2001, de 27 de diciembre; Castilla-La Mancha: RD 1476/2001, de 27 de diciembre; Extremadura: RD 1477/2001, de 27 de diciembre; Baleares: RD 1478/2001, de 27 de diciembre; Madrid: RD 1479/2001, de 27 de diciembre; y Castilla y León: RD 1480/2001, de 27 de diciembre). Por ello, la organización actual se realiza a través de los respectivos Servicios de Salud de cada una de las Comunidades Autónomas, que —creados por mandato del artículo 4.2 LGS— son los encargados de la prestación de los servicios sanitarios, desapareciendo de forma correspondiente el INSALUD como prestador de servicios.

²⁰⁹ . Así, por ejemplo, se refleja en la STS de 23 de marzo de 1993, que niega que se hubiera acreditado una obligación de la clínica de disponer de un determinado material; criterio con el que manifestaba su acuerdo DE ÁNGEL YAGÜEZ («Sentencia...», p. 23). Más cercana a nuestro objeto de estudio, afirma la SAP de Cádiz de 17 de septiembre de 2002 que no se puede exigir la práctica de ecografías de nivel II y III, aunque se esté generalizando, pues resulta «algo inviable e inexigible, por falta lógica de medios, que impulsa a administrarlos y utilizarlos o derivarlos para los pacientes concretos y con mayor “necesidad”».

²¹⁰ . El reconocimiento de este parámetro de adecuación de la *lex artis* al caso concreto se encuentra, entre otros, en BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («4 de febrero de 1999...», p. 857), cuando admite que un amplísimo deber de competencia no se corresponde con la *praxis* sanitaria y que, de hecho, es inexigible tal amplitud en la sanidad pública de nuestro país y, quizá, también en el de cualquier otro país. De hecho, en una obra posterior («24 de septiembre de 1999...», p. 202) constata el autor esta realidad de falta de medios materiales y personales en la sanidad como parámetro por el cual se determina lo que es o no exigible a los centros sanitarios (respecto de la posibilidad de imponerles la obligación de realizar controles del material que manejan).

Otros autores ponen también de relieve estas circunstancias como factores que es preciso tener en cuenta respecto de la *lex artis ad hoc*. En concreto, esta opinión se encuentra en MARTÍNEZ-CALCERRADA (*La responsabilidad...*, p. 313) o REGLERO CAMPOS («El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas», en *Tratado de responsabilidad civil*, Coordi-

2. La escasez de recursos económicos o materiales impide en la práctica la aplicación a todos los pacientes del conjunto de remedios o técnicas existentes en el acervo de conocimientos que integran la *lex artis*, así como la atención de los profesionales más especializados que dominen dichos conocimientos o técnicas. Los procedimientos especiales o las técnicas más avanzadas, generalmente más costosos, se reservan para los casos clasificados como especiales y no son aplicados a aquellos pacientes cuyo perfil se integra dentro de la media o la mayoría, aunque también podrían beneficiarse de ello²¹¹.

3. De hecho, éste es uno de los factores que se tienen en cuenta implícitamente en la restricción del parámetro de la diligencia exigible en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, como aquí se ha hecho, a la existencia de indicios de riesgo. Junto con el entorpecimiento de la actividad médica, o los efectos perniciosos de un exceso de información en el paciente, las limitaciones económicas sin duda influyen a la hora de establecer que el comportamiento diligente radica en la apreciación y examen de las enfermedades o defectos respecto de las que existen indicios, sea en un diagnóstico preconceptico o prenatal²¹².

nado por L.F. Reglero Campos, Aranzadi, Elcano (Navarra) 2002, p. 309). De hecho, como este segundo autor indica, se suele prestar más atención a estos factores en relación a la imputación de responsabilidad por las omisiones, pues sirven para delimitar el parámetro de lo «exigible».

En el ordenamiento alemán, donde la jurisprudencia aprecia la negligencia por los defectos organizativos, señala BERGMANN (*op. cit.*, p. 8) que ésta ha comenzado a tomar en consideración las estrecheces económicas, aunque duda el autor que pueda llevar a un cambio jurisprudencial. Como pone de relieve LAUFS (en LAUFS/ UHLENBRUCK, p. 941), este problema económico es en realidad un problema del sistema de financiación, por lo que la carga de estas carencias no se puede trasladar al profesional sanitario. Ambos autores, no obstante, siguen abogando por el mantenimiento pese a todo de un parámetro de diligencia mínimo infranqueable e inexcusable por remisión a criterio económico alguno.

²¹¹ . No se trata de justificar, por tanto, que estos medios especializados no se apliquen en los casos en los que resultan necesarios (como ya se indicó, cuando no se posea el material o personal necesario para llevar a cabo una prestación necesaria, el profesional sanitario ha de informar de ello al paciente y remitirle a donde se le pueda realizar la prestación que requiere; de lo contrario, su actuación será negligente). De lo que se trata es de afirmar que las técnicas especializadas no se aplican más que a esos casos necesarios y no, preventivamente, a todos los pacientes.

En estos casos hay que aclarar que no procede reclamar una responsabilidad del Estado, cuando se trate de la sanidad pública. No se puede alegar responsabilidad por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos por el hecho de que la normativa médica no extienda los beneficios de ciertos procesos de diagnóstico a todos los pacientes, sino únicamente a aquéllos que se sitúen en circunstancias de riesgo que indiquen la mayor probabilidad de precisar de los mismos. El motivo se encuentra, como ya se indicó anteriormente, en el tenor literal del artículo 139 LRJPAC en su referencia al daño «individualizable». En este sentido, niega DE ÁNGEL YÁGÜEZ que la afirmación de una responsabilidad objetiva lleve a aplicar a todo embarazo las medidas de seguimiento más avanzadas, propias de los embarazos de riesgo («La segunda...», p. 149).

²¹² . Como ejemplo práctico, indican DE LA FUENTE y BAJO («Métodos...», p. 142) que la amniocentesis no se puede efectuar de rutina en todas las gestantes, sino que es necesario restringirla a aquéllas que presentan ciertas indicaciones, consideraciones que posteriormente extienden a todo el diagnóstico prenatal («Diagnóstico...», p. 167).

De hecho, la propia distinción entre embarazos normales y de riesgo se justifica en última instancia en la imposibilidad económica y material de aplicar a todas las embarazadas el seguimiento especializado y ex-

Un ejemplo patente de la relevancia de esta restricción se encuentra en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1999, en que quedó probado que si se hubieran empleado las técnicas de ecografía que se aplican en los casos de embarazos de riesgo (Niveles II y III), habrían aumentado en un 75% las probabilidades de detectar las malformaciones que sufría el *nasciturus*, pese a lo cual no se estimó negligencia en el comportamiento del profesional sanitario, pues la conducta era adecuada a un embarazo normal²¹³.

4. La cuestión que suscitan estos factores exógenos es hasta qué punto pueden incidir *de iure* en la delimitación del comportamiento exigible, o hasta qué punto ha de aceptarse que la salud de las personas quede sometida a los dictados de criterios económicos. No hay que olvidar que, a fin de cuentas, lo que se pone en juego es la vida y la integridad física²¹⁴. Se han de observar, pues, las razones a través de las que se justifica su incidencia:

- En primer lugar, se suele argumentar que la limitación de la atención sanitaria de acuerdo con criterios de especialidad o indicios de riesgo posibilita una mayor extensión de las prestaciones sanitarias, de manera que alcanzan a un mayor número de sujetos. Un principio de solidaridad y de extensión del estado de bienestar a todos los ciudadanos justifica el hecho de que la atención médica recibida por todos ellos sea de inferior calidad a la que pudiera recibir un menor número de sujetos²¹⁵.

haustivo de los segundos. Los posibles beneficios de tal extensión —la posibilidad de detección de enfermedades atípicas ante la ausencia de indicadores de riesgo— se contrapesan frente al gasto que ello acarrearía, y la baja probabilidad de estos eventos fuera de los supuestos en que concurren indicadores de riesgo se alega como justificación para mantener la distinción entre unos y otros embarazos.

Esta idea se contiene en cierto modo en la opinión de PROSSER y KEATON (*op. cit.*, p. 172): «the standard of conduct which is the basis of the law of negligence is usually determined upon a risk-benefit form of analysis: by balancing the risk, in the light of the social value of the interest threatened, and the probability and extent of the harm, against the value of the interest which the actor is seeking to protect»; idea que es también recogida por MARKESINIS y DEAKIN (*op. cit.*, p. 75). Por su parte, JONES (en KENNEDY y GRUBB, *Principles...*, pp. 356-357) define el ámbito de la actividad que razonablemente se puede esperar del profesional sanitario en atención a que el daño fuera evitable a un bajo coste, tiempo y esfuerzo.

²¹³. Según señala DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Responsabilidad civil...*, p. 180 y «La segunda...», p. 147 y nota 38), fue posible desconocer las malformaciones, conforme a las circunstancias. Se aprecia, por tanto, una incidencia en el parámetro de conducta exigible derivado de los factores económicos.

²¹⁴. En este sentido, la Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la Independencia y Libertad Profesional del Médico (octubre de 1986) incide en que no debe esperarse que el médico siga las prioridades que el gobierno o la sociedad han impuesto sobre la distribución de recursos médicos insuficientes. La obligación primordial del médico es representar los intereses de sus enfermos frente a las demandas de la sociedad en materia de control de gastos, que podrían poner en peligro no sólo la salud, sino la vida de sus pacientes.

Del mismo modo, la posición contraria a los criterios economicistas como parámetro para fijar el límite de la atención que se ha de prestar al paciente se encuentra también entre la doctrina (en concreto, en GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO, *op. cit.*, pp. 18, 32, 48).

²¹⁵. Diversos textos internacionales acogen este razonamiento. Entre ellos, el Convenio de Oviedo para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Bio-

- En segundo lugar, se argumenta que el diagnóstico o las técnicas especializadas no son realmente necesarias para todos los pacientes: allí donde no se constata indicio de enfermedad o defecto es muy improbable que éste exista. Por ello, el beneficio derivado de la aplicación generalizada resulta escaso en relación al gasto que produciría²¹⁶.

Tal afirmación lleva implícita la aplicación de una regla típica del análisis económico del derecho: la fórmula Learned-Hand²¹⁷. La aplicación de esta regla a la mayoría de los casos lleva a negar la existencia de un comportamiento negligente por el hecho de no poseer o aplicar las técnicas más avanzadas de la ciencia médica, pues los gastos de prevención sobrepasan los beneficios esperables. Por ello, se dice que la regla general es que el parámetro de diligencia se ha de adecuar a estas limitaciones económicas.

logía y la Medicina, Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, de 4 de abril de 1997 (ratificado el 20 de octubre de 1999), dispone en su artículo 3 que han de tenerse en cuenta las necesidades de la sanidad y los recursos disponibles. Las medidas que se han de adoptar han de ser las adecuadas para garantizar un acceso equitativo a los beneficios de una sanidad de calidad apropiada. Igualmente, la Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre Acceso a la Atención Médica, adoptada en Viena en septiembre de 1988, parte de la aceptación de la realidad económica y establece que el equilibrio de diversos factores —entre los que no sólo se cuentan los económicos, sino también de transporte, libertad de elección; educación pública, calidad y asignación de tecnología— aumenta al máximo la cantidad y calidad de la atención que realmente recibe la población y determina el tipo y alcance del acceso a la atención médica.

Por otra parte, hay que destacar que nuestro estado social de derecho no permitiría este sistema de mayor beneficio para unos pocos, sobre todo cuando el artículo 43 CE proclama el derecho a la salud como un derecho para todos, sin distinguir en cuanto a la asistencia que pueden recibir unos u otros pacientes.

²¹⁶ . Esta visión económica de la negligencia es puesta de relieve por PANTALEÓN PRIETO («Cómo repensar...», p. 444), quien considera que: «a los efectos del juicio de diligencia o negligencia [...] es esencial comparar los costes de las medidas de precaución disponibles [...] con los riesgos de daños que su respectiva utilización puede evitar». Igualmente, REGLERO CAMPOS («Conceptos...», pp. 58-62) acude al análisis económico del derecho para definir la negligencia, cuya incidencia se manifiesta «sobre todo en determinados ámbitos» (y cita en concreto unas sentencias sobre deficiencias asistenciales de un centro hospitalario: SSTs de 14 de abril de 1999 y de 17 de febrero de 2000). No obstante, señala el autor que en este contexto son más abundantes las sentencias que optan por condenar a los demandados.

²¹⁷ . La negligencia se constata cuando $B < L \times P$ (siendo B los gastos de prevención del daño; L, el daño y P, la probabilidad de que se produzca el daño). La idea que subyace es que en la protección contra el daño sólo debe gastarse una unidad complementaria de recursos cuando el valor del recurso sea más bajo que el valor del daño evitado (SCHÄFER y OTT, *op. cit.*, p. 109).

Aplicado a nuestro caso: si los gastos para prevenir los daños derivados de la falta de aplicación de las técnicas más especializadas (esto es, el gasto que supondría extender dichas técnicas a todo paciente) son mayores que el resultado de multiplicar la gravedad del daño previsible por la probabilidad de que tal daño se produzca, se considera que no existe negligencia en la actuación del agente responsable por no haber prevenido tal daño. Como señalan SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU (*op. cit.*, pp. 135-136), realizar en estos casos el gasto de prevención no sería racional desde un punto de vista económico (la empresa económicamente racional no evitará el accidente y preferirá pagar la indemnización), de ahí que no sea exigible tal comportamiento. Según estos autores, únicamente se puede predicar la responsabilidad cuando no se desarrolló un comportamiento exigible para prevenir el daño; esto es, cuando se omitió adoptar precauciones, como mínimo, equivalentes al daño probable (pp. 152-153).

5. De todas formas, al margen de la propia crítica que esta fórmula recibe²¹⁸, la aplicación de este tipo de reglas de análisis económico del derecho tampoco puede perder de vista, como ya se ha apuntado, la incidencia directa de esta materia sobre la salud o la vida de las personas. Lo que ha de hacerse, pues, es tratar de encontrar un punto de equilibrio²¹⁹.

Éste se puede encontrar, por un lado, a través de la obligación de información del profesional sanitario, en la medida en que, como ya se indicó, haya de extenderse a informar al paciente sobre las carencias existentes y a la remisión al lugar o profesional que pueda proporcionarle la atención que requiere. Igualmente, por otro lado, el equilibrio se establece a través del establecimiento como parámetro de diligencia de la obligación de que los centros sanitarios posean una dotación mínima o básica para que puedan desarrollar su labor, de manera que se haya de considerar como negligente la falta de material o personal por debajo de tales mínimos.

Más allá de estas dos exigencias básicas, la diligencia deberá adecuarse al caso concreto de acuerdo con las limitaciones existentes. En tales condiciones, los intereses de los pacientes quedarán satisfechos –al menos en cierta medida–, y la actuación de los profesionales sanitarios será diligente.

²¹⁸ . Para una visión de los problemas y las críticas de la fórmula de Learned-Hand, así como la contestación a tales objeciones, ver SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU (*op. cit.*, pp. 136-161). A modo de resumen, algunos de estos problemas son: 1. Problemas de medición (la fórmula presupone que se puede aplicar un criterio cuantitativo a un objeto incommensurable); 2. Actitudes ante el riesgo (la fórmula presupone que las personas son neutrales ante el riesgo, pero la realidad es que la mayoría de las personas experimentan un grado –mayor o menor– de aversión al riesgo); 3. Persona razonable (se parte de un estándar de *homo oeconomicus* racional, perfectamente informado y que no comete errores, que no responde a la realidad); 4. Causación múltiple de daños (la fórmula no toma en cuenta la precaución que pudo adoptar la víctima del accidente; pero ésta debe tenerse en cuenta en los casos de causación bilateral o múltiple, en que víctima y agente contribuyen al daño o en que ambos reciben daño); 5. Prevención de la negligencia ajena (en la causación bilateral de daños muchos accidentes pueden ser evitados por sus víctimas potenciales de mejor manera y con menor coste que por sus causantes potenciales); 6. Fallo en los supuestos de responsabilidad objetiva (en este sistema quien causa un daño responde por él, con independencia del nivel de precauciones que haya adoptado, siempre que la ley así lo hubiera establecido); y 7. La indemnización no se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta ni la reprochabilidad del responsable, sino conforme a la entidad del daño (pero es ineficiente renunciar a la función preventiva del derecho privado cuando puede ejercerla razonablemente sin perjuicio de los derechos del demandado a la tutela judicial efectiva).

²¹⁹ . A ello parece hacer referencia la Declaración de la Asociación Médica Mundial de octubre de 1987, sobre Autonomía y Autorregulación Profesional, al afirmar que el control de gastos no debe ser usado como pretexto para negar a los pacientes los servicios médicos que necesitan; pero que tampoco debe permitirse el excesivo uso de facilidades médicas que aumente el costo de la atención médica de tal manera que no permita el acceso a ella a los que las necesitan.

3. LA RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

3.1. El juego de la imputación de responsabilidad por hecho ajeno

1. Lo que se ha analizado hasta el momento son los comportamientos negligentes que pueden generar un diagnóstico falso negativo, presupuesto a partir del cual se puede imputar la responsabilidad por tal resultado al sujeto autor de la negligencia. En estos casos se habla de la responsabilidad por hecho propio, ya que responde el que causa el daño.

Junto a esto, el Ordenamiento prevé la posibilidad de imputar subjetivamente la responsabilidad a sujetos distintos de los autores materiales del daño, que no intervienen en su causación: es el caso de la responsabilidad por hecho ajeno²²⁰. La responsabilidad de estos otros sujetos se justifica en general por la existencia de un vínculo con el agente productor del daño o con la víctima; vínculo del que suele hacerse depender el surgimiento de un deber de control de la actividad del tercero, por el cual se considera apropiada la imputación a este sujeto del riesgo de los daños procedentes de su actividad²²¹.

2. En la medida en que esta posibilidad se pueda constatar en los casos de *wrongful birth* y *wrongful life*, se abrirá el círculo de los sujetos frente a los cuales poder reclamar una indemnización, en tanto que las víctimas de estos daños podrán interponer su reclamación no sólo frente al agente del daño —que no queda exonerado de su responsabilidad por

²²⁰ . Estos supuestos de responsabilidad por hecho ajeno han de distinguirse de los casos en que la obligación de responder corresponda a un sujeto distinto del causante del daño, por haberle sido transmitida a éste *inter vivos* o *mortis causa*. En tanto que tal obligación no se plantea como personalísima, pues no tiene un fin punitivo, los autores aceptan esta transmisión (así, para la transmisión *inter vivos*, ver GÓMEZ CALLE, «Los sujetos...», pp. 408-409; para la transmisión *mortis causa*, ver DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «La transmisión...», pp. 15-45, que admite la posibilidad de limitar la responsabilidad del heredero a los bienes existentes en la herencia, bien por la aceptación de ésta a beneficio de inventario, bien por la impugnación de la aceptación pura y simple por error en el conocimiento de la existencia de una deuda).

²²¹ . En opinión de JORDANO FRAGA (*La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid 1994, pp. 27-28), la imputación se realiza, bien a partir del criterio de culpa o negligencia, o bien a partir de criterios objetivos relacionados con la producción del daño en la esfera de riesgo que la ley pone a cargo del responsable. Es a esta esfera de riesgo a la que pertenece la idea de vinculación aquí enunciada cuando tal es el criterio de imputación; vinculación que existe igualmente en el marco de una imputación por culpa o negligencia, en la medida en que la culpa en la responsabilidad por hecho de tercero parte de una previa relación de elección o control del sujeto agente por parte del responsable indirecto.

Y es que, como señala SIERRA PÉREZ, en los casos en que no existe previo vínculo entre las partes, la relación que nace con la causación del daño se establece con el agente del mismo (*Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, Montecorvo, Madrid 1997, pp. 101 y 133), siendo necesaria una norma para que surja la responsabilidad en otra persona (p. 101). Tal idea se encontraba presente ya en TORRALBA SORIANO («La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», *ADC*, 1971, p. 1161) cuando señalaba que en la responsabilidad extracontractual no había más razón para la responsabilidad por hecho ajeno que el ligamen existente entre éste y el responsable.

la existencia de un sujeto que haya de responder por sus actos²²²—, sino también frente al responsable indirecto²²³.

Con ello, se pone de nuevo en tela de juicio la idea generalmente asumida en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* respecto de la reclamación de la responsabilidad sólo frente al médico. Pero también, al mismo tiempo, se facilita la posición de la víctima del daño, al permitirle interponer su acción frente a sujetos de mayor solvencia²²⁴. Todo esto revela el interés de esta cuestión en el contexto del estudio aquí desarrollado.

3. A los efectos de este estudio, hay que puntualizar, no obstante, que no es necesario realizar un análisis exhaustivo de los elementos esenciales de la responsabilidad por

²²² . En este sentido, afirma CAFFARENA LAPORTA («Artículo 38...», p. 244) que la responsabilidad por hecho ajeno «no excluye la posibilidad de que el perjudicado ejercite la acción de indemnización frente a la persona física, representante de la jurídica, que haya sido causante material del daño (v. art. 43 LRJAE)»; idea que también manifiesta de forma general CARRASCO PERERA («Artículo 1101...», p. 445) para la responsabilidad contractual y LACRUZ BERDEJO (*et al.*), *Elementos II-2...*, p. 530, para toda responsabilidad.

Trasladado esto al ámbito médico, proclama el artículo 35.2 del Código de Ética y Deontología Médica: «Sin perjuicio de las posibles responsabilidades subsidiarias, la responsabilidad individual del médico no desaparece ni se diluye por el hecho de trabajar en equipo». Tal idea es repetida por YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, pp. 155 y 161), en tanto destaca la idea ya anteriormente apuntada de que pese a la agrupación de profesionales, el principio en materia de reparación de daños es la responsabilidad individual. Entre la doctrina extranjera, pone de relieve PENNEAU (*Médicale...*, p. 292) que la responsabilidad de cada médico es personal, por lo que siempre responde por el hecho propio.

²²³ . El damnificado habrá de optar entre demandar a uno, al otro, o a ambos, como corroboran DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Tratado...*, p. 365) y CABANILLAS SÁNCHEZ («Voz “Dependientes (Responsabilidad por) (Dº Civil)”», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Tomo II, Civitas, Madrid 1995, p. 2124). No obstante, se suele aconsejar lo último (por ejemplo, GONZÁLEZ MORÁN, *op. cit.*, pp. 150-151), pues amplía al máximo la posibilidad de obtener una indemnización, al aumentar el número de posibles deudores. En tal caso, se habla de una responsabilidad solidaria entre el responsable directo y el indirecto (DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado...*, pp. 334, 862-863 y SSTs de 17 de febrero de 1986 y 2 de febrero de 1987), aunque a ello se opone ROCA TRÍAS, que manifiesta sus dudas, con cita de Barceló (*Derecho...*, p. 105).

²²⁴ . A través de la responsabilidad por hecho ajeno, el Ordenamiento pretende superar las limitaciones de la responsabilidad civil una vez constatado que el principio de responsabilidad individual resulta impracticable, dada la solvencia limitada de la mayor parte de los causantes individuales de daños. Así lo destaca en general JORDANO FRAGA (*op. cit.*, p. 25), cuando afirma que la finalidad práctica de la responsabilidad indirecta es asegurar o reforzar el derecho a la indemnización de la víctima (del mismo modo, SIERRA PÉREZ, *op. cit.*, p. 96 y SALVADOR CODERCH y GÓMEZ LIGÜERRE, «Respondeat superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización», *www.indret.com*, 03/2002, pp. 2 y 8).

Por tanto, ante la opción de imputar el riesgo de los daños procedentes de estos terceros a la propia víctima o al sujeto con ellos vinculados, se opta por la segunda fórmula, desde el punto de vista de una idea de beneficio extraído de la actividad del causante del daño. Concretamente, según SALVADOR CODERCH, GÓMEZ LIGÜERRE, RUIZ GARCÍA, RUBÍ PUIG y PIÑEIRO SALGUERO (*op. cit.*, p. 6) se prefiere esta opción porque el responsable por hecho ajeno es el que se beneficia de la actividad dañina, es el que está en mejor condición de asegurar el daño y se trata de un riesgo de la empresa. Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, parecen considerar los autores que es también la mejor solución, partiendo de una situación real en la que la víctima no puede identificar siempre con facilidad al causante del daño, los costes de transacción entre empresario y trabajador (para pactar libremente la asunción por uno u otro de la responsabilidad) no suelen ser bajos y el trabajador no es ilimitadamente solvente (pp. 7-8). Esto será así, no obstante, siempre que el empresario sea el que pueda organizar y controlar efectivamente su empresa para asumir la responsabilidad de forma eficiente (p. 9).

hecho ajeno, en tanto que no sufren alteraciones en el contexto de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Ahora bien, dado que en el capítulo anterior se puso de relieve cómo estas acciones pueden producirse en el marco de una responsabilidad contractual, extracontractual o administrativa, es preciso señalar que el reconocimiento del deber de responder por el hecho ajeno se plantea de diversa forma en los diversos sistemas de responsabilidad. Los intereses a los que responde cada uno de estos regímenes de responsabilidad influyen en que los requisitos y características de este criterio de imputación, de forma que su interpretación varía en cada uno de ellos.

Puesto que, como se dijo anteriormente, en el ámbito de la responsabilidad administrativa parece haber quedado excluida la idea de la responsabilidad por hecho ajeno —no porque se excluya que la Administración deba responder por los hechos de los sujetos integrados en su seno²²⁵, sino porque el particular únicamente puede ejercitar su pretensión de reclamación frente a la Administración²²⁶—, aquí nos ocuparemos únicamente de tal responsabilidad en el ámbito contractual y extracontractual.

²²⁵ De hecho, la responsabilidad de la Administración se reguló expresamente en un principio como responsabilidad por hecho ajeno en el marco del artículo 1903 Cc, situación que cambió con la reforma efectuada por la Ley 1/1991, de 7 de enero, y la posterior promulgación de la LRJPAC, que lo convirtió en un régimen de responsabilidad distinto. Ahora bien, hay que señalar que como recuerdo de este sistema tradicional, tanto DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Tratado...*, pp. 403 y siguientes), como YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, pp. 276 y siguientes) estudian esta responsabilidad en el seno de la responsabilidad por hecho ajeno.

²²⁶ Esto no exonera de responsabilidad al sujeto integrado en la organización administrativa, autor del daño, que no queda impune (BUSTO LAGO, «La responsabilidad...», p. 1490; COSCULLUELA MONTANER, *op. cit.*, p. 553 o GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 414). De hecho, la reclamación de la responsabilidad al sujeto integrado en la actividad administrativa la realizará la Administración en vía de regreso, una vez que la Administración satisfaga la indemnización (MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, *op. cit.*, pp. 1050-1051 y BUSTO LAGO, «La responsabilidad...», p. 1488).

Tal vía de regreso, que se plantea como complemento a la responsabilidad exclusiva de la Administración, ha perdido su carácter potestativo tras la reforma efectuada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Este cambio ha sido unánimemente valorado como positivo por la doctrina (por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 416 y MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, *op. cit.*, p. 1048), pues se criticaba que la situación anterior (el ejercicio discrecional) dejaba prácticamente impune a la autoridad o funcionario, incluso cuando eran los causantes identificados del daño (MARTÍN REBOLLO, «Estado de la cuestión...», p. 102; «Nota...», p. 22). Pese a todo, señala BUSTO LAGO que «se echa en falta un mecanismo que permita obligar a la Administración a poner en marcha la acción de regreso, como podría ser el constituido por la admisión de la acción popular» («La responsabilidad...», p. 1495). Pero no sólo esto, sino que sostiene el autor que la discrecionalidad no se ha eliminado totalmente, pues permanece en relación con la cuantía indemnizatoria que se ha de reclamar a través de la acción de regreso (p. 1491). Igualmente, MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA (*op. cit.*, p. 1049) califica de «ingenuo» este sistema, destacando cómo el juego político y la multitud de intervinientes en la actividad administrativa impedirá *de facto* tal repetición.

4. En concreto, a los efectos de lo que aquí nos interesa, una de las principales diferencias en el régimen de imputación de responsabilidad por hecho ajeno en cada uno de estos sistemas reside en el presupuesto requerido para dicha imputación²²⁷.

Por una parte, en el marco de la responsabilidad extracontractual —donde la responsabilidad por hecho ajeno en el ámbito médico se encuadra generalmente en el artículo 1903 p.4 Cc²²⁸—, la imputación de responsabilidad por hecho ajeno requiere que el daño fuera cometido por el causante del mismo en ejercicio de las funciones encomendadas (o, en general, en seguimiento de las órdenes del principal)²²⁹. Pero, además, es precisa una relación de dependencia entre el agente productor del daño y el responsable indirecto²³⁰.

²²⁷ . Otra gran diferencia, como es el hecho de que en la responsabilidad extracontractual se prevea una posible exoneración del responsable indirecto si prueba haber actuado con la «diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño» (que lleva a interpretar que la norma parte de una presunción de culpa), ha sido interpretada por la jurisprudencia de manera muy estricta (así lo subrayan, por todos, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado...*, pp. 327-328, 353-365; Díez-PICAZO, *Daños...*, p. 162 o LACRUZ BERDEJO, et al., *Elementos II-2...*, pp. 524 y 528). Con ello se cubre tal prueba, prácticamente, en imposible y se objetiva esta responsabilidad, que tradicionalmente se consideró como responsabilidad por culpa (ver al respecto, entre otros, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado...*, pp. 255, 325-326; Díez-PICAZO, *Daños...*, p. 161; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema II...*, pp. 566 y 567; GÓMEZ CALLE, «Los sujetos...», pp. 425, 426, 428, 429, 431 y 432).

²²⁸ . En él se contempla la responsabilidad de los dueños o directores de un establecimiento o empresa, respecto de los daños causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que estuvieran empleados y con ocasión de sus funciones. No obstante, hay que señalar que ocasionalmente se ha puesto en cuestión la posibilidad de incluir al profesional sanitario en el marco del párrafo 4 del artículo 1903 Cc, pues la organización de la actividad médica por un sujeto no responde al concepto tradicional de «establecimiento o empresa». Pese a ello, tanto ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, pp. 359-360), como FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 294), concluyen favorablemente a tal aplicación, en la medida en que el profesional tenga a su cargo sujetos que trabajen por cuenta del principal, retribuidos por él y bajo su dirección.

²²⁹ . Para la determinación de este ejercicio recoge SIERRA PÉREZ (*op. cit.*, pp. 198-210) diversos criterios (la vinculación temporal, espacial y formal, la actuación en interés de la empresa o la autorización). DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Tratado...*, pp. 366-367), de hecho, interpreta este requisito de forma amplia, incluyendo todas las incidencias con origen en el desempeño de la actividad encomendada. En definitiva, lo decisivo es, según YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, p. 272), «averiguar si la actividad dañosa tuvo lugar en el marco de una actuación realizada en exclusivo interés particular del agente o si, por el contrario, se trataba de actos situados, siquiera tendencialmente y por mucho yerro que mediara en su ejecución, en la esfera del servicio o beneficio para el empresario».

Por su parte, SALVADOR CODERCH y GÓMEZ LIGÜERRE (*op. cit.*, pp. 14-17) centran la atención en qué ocurre en caso de extralimitación del agente de las funciones encomendadas (en cuyo caso se deberá atender a si las instrucciones fueron expresas, si se trataba de actividades indelegables) y si existió dolo por parte del agente (que determina la responsabilidad de éste exclusivamente, salvo que fuera previsible).

²³⁰ . Ésta no ha de entenderse exclusivamente como la existencia de una vinculación civil, mercantil o laboral con respecto de otro sujeto sino, en general, como sometimiento al control de un tercero. El concepto de dependencia se ha visto modificado en su extensión por la labor de la jurisprudencia, que ha calificado bajo tal condición la relación entre dos personas en las situaciones más diversas (amistad, liberalidad, beneplácito, aquiescencia...). Según LACRUZ BERDEJO, et al. (*Elementos II-2...*, pp. 528-529), se amplía tanto que parece que llega a disolverse. De hecho, parece que en general se prescinde de criterios como la existencia de un vínculo laboral o una relación jurídica onerosa, permanente o duradera y se establece el criterio decisivo en torno a otra serie de criterios: fijación del tiempo y lugar de trabajo, control y vigilancia de las labores encomendadas, facilitación del material de trabajo y asunción de riesgos económicos (SALVADOR CODERCH y GÓMEZ LIGÜERRE, *op. cit.*, pp. 14-17; un extenso estudio de estos indicios se encuentra en SIERRA PÉREZ, *op.*

Frente a ello, en el marco de la responsabilidad contractual, la responsabilidad por hecho ajeno deriva de la asunción por el deudor de la obligación de llevar a cabo la prestación pactada²³¹ y no depende, pues, de la existencia de una relación entre el deudor y el sujeto que lleva a cabo la prestación²³². Aunque no exista en nuestro Ordenamiento un precepto que declare de forma general el deber del deudor de responder por los daños causados por los sujetos que desarrollen la prestación asumida²³³, éste queda obligado a ello, pues no puede exonerarse de la obligación asumida atribuyendo o delegando su cumplimiento a otro sujeto. De hecho, el principio es que el deudor responde por los hechos de sus auxilia-

cit., pp. 166-196). Retomando esta corriente, SALVADOR CODERCH, GÓMEZ LIGÜERRE, RUIZ GARCÍA, RUBÍ PUIG y PIÑEIRO SALGUERO (*op. cit.*, p. 5) caracterizan la dependencia por una relación de control.

²³¹ . Ejemplo de estas opiniones son las palabras de TORRALBA SORIANO: «el fundamento de la responsabilidad contractual [...] se encuentra en la condición de contratante o si se quiere, de deudor, de manera que todo incumplimiento que genera responsabilidad se conecta directamente con tal deudor o contratante, ya que él mismo se había obligado a cumplir, por lo cual, si se produce el incumplimiento debe, en principio, responder, salvo que tal incumplimiento se derive de una causa que le exima de responsabilidad» (*op. cit.*, p. 1161). Igualmente, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema II...*, p. 556): «en materia contractual, parece claro que la persona jurídica es un contratante y por consiguiente un obligado. Si se produce un incumplimiento contractual, que determina daños y perjuicios para el acreedor, el hecho causante del daño, que es el incumplimiento contractual, le será imputable a la persona jurídica cualquiera que sea la persona física que lo haya realizado en su representación». Pero existe en general un amplio consenso doctrinal al respecto (a modo de ejemplo, GÓMEZ CALLE, «El fundamento...», p. 1739; LACRUZ BERDEJO, et al., *Elementos II-1...*, p. 174; MIQUEL GONZÁLEZ, «Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente», *ADC*, 1983, pp. 1503-1504 y 1507 y «La responsabilidad...», pp. 73-75 y 76; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema...», p. 1058 o YZQUIERDO TOLSADA, *Profesional liberal...*, pp. 75-78; *Sistema...*, pp. 275-276).

²³² . Como pone de relieve SIERRA PÉREZ (*op. cit.*, p. 131), el acreedor no tiene por qué conocer la relación que exista entre su deudor y sus empleados. En este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ establece la responsabilidad del contratante con independencia de cuál sea la relación que le une con aquél que realiza la prestación: «su obligación es cumplir el contrato y no simplemente prevenir los daños que puedan causar sus dependientes» («La responsabilidad...», p. 76). Estas afirmaciones, no obstante, se deberán matizar a través del propio límite de la responsabilidad por hecho propio: no se responde por el hecho del auxiliar más allá de lo que se respondería por hecho propio (CARRASCO PERERA, «Artículo 1101...», pp. 441-442).

²³³ . A pesar de que hay quien sugiere la elaboración de esta norma por inducción (CABANILLAS SÁNCHEZ, «Dependientes...», p. 2123), o por analogía —a partir de los preceptos concretos en que se establece en el Código civil la responsabilidad contractual por hechos de los auxiliares (así, por ejemplo, en SIERRA PÉREZ, *op. cit.*, p. 99, que, no obstante, recoge también la interpretación de la deducción de esta responsabilidad del sistema general; pp. 101 y 102)—, nos parece más adecuada la consideración de que esta responsabilidad emana de la propia mecánica contractual. Deriva, pues, del propio artículo 1101 Cc.

Hay que señalar, no obstante, que algunos autores se plantean la posibilidad de aplicar para el ámbito contractual el artículo 1903 Cc. Tal es el caso de FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 300). A ello se oponen YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, p. 77) y TORRALBA SORIANO (*op. cit.*, p. 1162); este último, aludiendo a la especialidad de la responsabilidad contractual frente a la extracontractual. Por su parte, ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, pp. 370-371) parece inclinarse por la innecesariedad del recurso a tal artículo, pues deriva de la obligación asumida, como se ha dicho y como recoge expresamente GÓMEZ CALLE («El fundamento...», p. 1739), al señalar que «la falta de una regla del tipo de la del artículo 1903 p.4 del Código civil no impide considerar al deudor responsable de la actividad de sus auxiliares; el deudor ha de responder del incumplimiento de su obligación, tanto si él mismo se encarga de cumplir como si para ello se vale de otras personas, sean o no dependientes suyos: si éstas incumplen, él mismo lo habrá hecho frente al acreedor».

res en iguales condiciones en que respondería de haber cometido él mismo el daño²³⁴. Al haber asumido el deudor la obligación de realizar la prestación y haber optado por emplear para ello al auxiliar que ha ocasionado el daño, lo ha incluido en la órbita de la actividad de la que responde²³⁵.

La excepción vendrá determinada por los daños causados por sujetos ajenos a la actividad desarrollada, en la medida en que se puedan considerar como daños procedentes de un riesgo ajeno a la actividad²³⁶. La responsabilidad por hecho ajeno en el ámbito contractual requiere, por tanto, que el tercero que interviene en el marco de lo debido haya sido introducido por el deudor²³⁷.

3.2. Supuestos de responsabilidad por hecho ajeno en el marco sanitario

1. Los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno en este ámbito son numerosos, pues, como ya se indicó, en la actualidad intervienen una pluralidad de profesionales en un mismo acto médico. La especialización de los profesionales sanitarios y la consiguiente

²³⁴. Dicho principio general lo recoge con claridad JORDANO FRAGA (*op. cit.*, p. 498), que subraya que tal responsabilidad se presenta con los mismos límites y con la misma extensión y condiciones que se le aplicarían al deudor. Por ello, ni el acreedor ni el deudor se ven perjudicados (pp. 501-502).

El deudor responde, pues, porque se obligó a ello, esto es, por hecho propio. Así lo señalan expresamente CARRASCO PERERA («Artículo 1101...», p. 440); JORDANO FRAGA (*op. cit.*, pp. 488); SIERRA PÉREZ (*op. cit.*, p. 126); TORRALBA SORIANO (*op. cit.*, p. 1161) e YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, p. 248).

²³⁵. Así, el deudor puede, con ciertos límites, ejecutar la prestación como considere conveniente, pero ello no ha de perjudicar al acreedor. La idea, recogida por CRISTÓBAL MONTES («La responsabilidad del deudor por sus auxiliares», *ADC*, 1989, pp. 5-6), proviene de Larenz, según TORRALBA SORIANO (*op. cit.*, p. 1145). Insiste en ella CABANILLAS SÁNCHEZ («Dependientes...», p. 2123), al señalar que es el deudor quien predispone y organiza la actividad y decide de forma discrecional, en función de sus intereses, el empleo de los auxiliares en el cumplimiento, de ahí que deba responder por ellos. Por este motivo, como pone de relieve Díez-PICAZO (*Fundamentos II...*, pp. 592-594), la actuación de los auxiliares no es caso fortuito respecto de la obligación asumida por el deudor (con lo que coinciden CABANILLAS SÁNCHEZ, «Dependientes...», p. 2123 y TORRALBA SORIANO, *op. cit.*, pp. 1155-1156).

²³⁶. Con esto se hace referencia a la intervención del hecho de tercero como interruptor del nexo de causalidad en la responsabilidad en general, supuesto que, según YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, p. 204), tiene incidencia en el ámbito de la responsabilidad contractual. Tal interrupción no se producirá cuando la obligación asumida por el deudor consistiera precisamente en la evitación del hecho de tercero, o la diligencia exigible requiriera impedir al tercero la actuación que conduce al incumplimiento (CARRASCO PERERA, «Artículo 1107...», p. 727 y SIERRA PÉREZ, *op. cit.*, p. 128). Puntualiza no obstante JORDANO FRAGA (*op. cit.*, pp. 119-120) que en este caso la responsabilidad del deudor no será por hecho ajeno, sino por hecho propio.

²³⁷. El hecho de que un tercero cumpla por el deudor no lo convierte en tercero en el cumplimiento del cual deba responsabilizarse el acreedor, según CARRASCO PERERA («Artículo 1101...», p. 438) o JORDANO FRAGA (*op. cit.*, p. 117). Aclara el primer autor que «cuando se habla de responsabilidad por hechos de terceros en la actividad de cumplimiento se piensa, pues, en la hipótesis del deudor que introduce a terceros, dependientes o independientes de aquél, en la realización de las actividades que integran el cumplimiento, actividades que se imputan al deudor, no al tercero» (igualmente, TORRALBA SORIANO, *op. cit.*, p. 1157). Por tanto, como señala

división del trabajo implica una participación de varios profesionales en la atención sanitaria de un paciente. De hecho, no es frecuente en la actualidad que la prestación sanitaria sea desarrollada por un único sujeto, sino que lo normal es la agrupación de profesionales, la llamada «medicina asociativa»²³⁸, lo cual, si bien mejora la calidad de la atención prestada, incrementa el riesgo de producción de daños²³⁹.

En la medida en que en dicha agrupación se establezcan relaciones de dependencia entre los intervinientes, o en la medida en que esta intervención se plantee en el seno de una obligación contractualmente asumida, surgirá el ámbito dentro del cual el principal deberá responder por la actuación de sus dependientes; y el deudor, por la actuación de los sujetos de los que se sirva para realizar la obligación asumida.

2. Una cuestión previa que ha de plantearse en relación al ámbito contractual, sin embargo, es si resulta posible la intervención de un sujeto distinto del deudor contractual en el marco de una prestación sanitaria, en vista del carácter *intuitu personae* de tal prestación. Este carácter excluye la posibilidad de que su ejercicio sea realizado por un sujeto distinto de aquél que la asume (artículo 1161 Cc)²⁴⁰, salvo que se haya acordado otra cosa (lo que es especialmente relevante de cara a los casos de sustitución y de trabajo en equipo)²⁴¹.

JORDANO FRAGA (*op. cit.*, pp. 113-114) es necesaria la voluntad expresa o tácita del deudor. No son auxiliares ni los que intervienen *motu proprio* ni los que lo hacen a instancias del acreedor (p. 123).

²³⁸. Así denomina FERNÁNDEZ COSTALES (*La responsabilidad...*, p. 62) a estos fenómenos que pueden presentarse, según él, «en establecimientos o instituciones privadas o en consultorios médicos en equipo». Su frecuencia es puesta de relieve por SALVADOR CODERCH, GÓMEZ LIGÜERRE, RUIZ GARCÍA, RUBÍ PUIG y PIÑEIRO SALGUERO (*op. cit.*, p. 4), cuando afirman que «en la práctica hay muchos más casos de responsabilidad vicaria que de responsabilidad por hecho propio».

Dicha práctica deriva, como se ha dicho, de la especialización y la consiguiente división del trabajo; división que, como dice FERNÁNDEZ HIERRO, lleva a que sea necesario «que para la asistencia del enfermo se conjuguen una serie de personas con conocimientos diversos dentro de las diferentes ramas de la medicina» (*op. cit.*, p. 279). Pero también hay que destacar que esta medicina en grupo es más lucrativa. Como ponen de relieve GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, p. 24), los honorarios suelen ser más elevados, a lo que hay que añadir que la agrupación abarata los costes de asistencia de los enfermos de cara a los profesionales, pues les permite compartir un mismo espacio, material o personal.

²³⁹. En palabras de GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, p. 35), «cuando en el suceso han intervenido diferentes profesionales, con diferentes cometidos y en diferentes momentos, con relación de causalidad o no entre actos que pueden ser únicos y simples, o complejos y compartidos, se producen un cúmulo de dificultades técnicas, jurídicas, médicas, periciales, etc., para deslindar actuaciones y responsabilidades, establecer límites de actuación, interrelacionar conductas y actos médicos, determinar la causalidad de cada uno de los efectos derivados de una intrincada metodología». Tal riesgo es igualmente señalado por GÓMEZ PAVÓN (*op. cit.*, p. 346) y MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, p. 293).

²⁴⁰. Con carácter general, CRISTÓBAL MONTES (*op. cit.*, p. 5) declara que el deudor puede cumplir su obligación personalmente o por medio de otra persona, salvo que se trate de las obligaciones *intuitu personae*. Centrados ya en el ámbito médico, GONZÁLEZ MORÁN (*op. cit.*, pp. 139-140), SANTOS BRIZ (*Temas...*, p. 180) e YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, p. 247) afirman que el contrato médico es *intuitu personae*, por

Ahora bien, esto no impide que el deudor se valga del auxilio de otros profesionales en el desarrollo de su prestación, pues en el contexto de una especialización del ámbito de actividades sanitarias éste resulta necesario para una correcta ejecución de la prestación²⁴². De hecho, se ha de entender que se trata de una práctica usual en el ramo de actividad desarrollada y que no contradice el carácter personalísimo de la prestación pactada, sino que contribuye a su buen desarrollo y a la satisfacción del interés del acreedor²⁴³.

3. Retomando la cuestión, estos fenómenos de responsabilidad indirecta se pueden presentar tanto en el ámbito del ejercicio libre de la profesión, como en el ejercicio dependiente. En el primer caso se trata de un profesional sanitario –generalmente un médico, pero no necesariamente²⁴⁴– que requiere en su actuación del auxilio de otros profesionales de igual o inferior condición. En el segundo, de una persona física o jurídica que organiza los servicios de un conjunto de profesionales de igual o distinta cualificación para la atención de los pacientes. En ambos casos, los daños cometidos por los sujetos de los que se sirve el profesional individual o el principal de la empresa harán surgir también la responsabilidad por hecho ajeno de éstos.

4. Por otra parte, ha de indicarse que la mayoría de los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno surgen en el contexto de un reparto vertical o jerárquico del trabajo, carac-

lo que se trata de una obligación infungible en la que no cabe el hecho de otro, salvo que esta colaboración sea permitida por los usos o por el contrato.

²⁴¹ . Así, apuntan FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 294) y TORRALBA SORIANO (*op. cit.*, p. 1166) que si en el contrato se pactó por parte del paciente de forma expresa el auxilio o la intervención del asistente o auxiliar que ocasiona posteriormente el daño, en la medida en que el mismo se considera por sus propias características, podría plantearse una responsabilidad directa de éste que excluyera la del principal, cuando no se hubiera establecido deber específico de vigilancia sobre la tarea.

²⁴² . Según LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, p. 335), existen ciertas tareas para las que resulta imprescindible la asistencia de auxiliares, pues el médico «ni puede ni, en muchos casos, sabe llevarlas a cabo». Entre los autores alemanes, donde se reconoce también el carácter *intuitu personae* de la prestación sanitaria, afirma igualmente DEUTSCH (*Arztrecht...*, p. 26) que la intervención de un sujeto distinto puede derivar de pacto o de la relación de fidelidad (*Treuebeziehung*), que requiera tal colaboración. En el mismo sentido, UHLENBRUCK y LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 435).

²⁴³ . De hecho, es habitual que la confianza depositada sobre el profesional que desarrolla la prestación se extienda tácitamente a sus auxiliares o dependientes (SÁNCHEZ GÓMEZ, *Contrato...*, p. 108). En estos casos, sostienen MARTÍNEZ-CALCERRADA (*La responsabilidad...*, p. 288) e YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, p. 248) que el carácter *intuitu personae* del contrato determina que sea el profesional sanitario quien asuma la dirección del conjunto de profesionales implicados.

²⁴⁴ . La posición de deudor o de principal puede ser ocupada por cualquiera de los profesionales sanitarios, cuya actividad es apta para ser desarrollada de forma independiente y sin supervisión. Esto no sólo ocurre en el caso de los médicos o facultativos, sino igualmente respecto de otros licenciados en materia sanitaria (biólogos, por ejemplo) e, igualmente, respecto de profesionales sanitarios de menor cualificación. Así, FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 291) establece la posibilidad de que los técnicos de grado medio trabajen por su propia cuenta, en cuyo caso, su responsabilidad es similar a la del médico en general (p. 293).

terizado por las relaciones de supra y subordinación entre los diversos intervinientes en el acto médico, que se organizan conforme a estructuras jerárquicas, según la división del trabajo efectuado dentro de la organización²⁴⁵. Es, de hecho, en tal contexto en el que generalmente se presentan las relaciones de dependencia o la intervención de auxiliares en la ejecución de la prestación.

Ahora bien, esto no impide que pueda plantearse también la responsabilidad por hecho ajeno en el seno de un reparto horizontal, en el que los profesionales realizan su actividad de forma conjunta en pie de igualdad²⁴⁶. En estos casos se responderá por hecho ajeno en la medida en que se establezcan relaciones de dependencia entre los profesionales —si bien no es lo usual—, o se asuma una obligación que sea ejecutada por otro sujeto.

5. Los supuestos en que estos fenómenos de responsabilidad por hecho ajeno se producen son múltiples en el marco sanitario. Sin embargo, aquí se van a analizar únicamente los que pueden tener relevancia en el contexto de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, examinando brevemente cómo actúa respecto de ellos la responsabilidad por hecho ajeno, a fin de demostrar que a través de estos supuestos se puede ampliar el número de demandados en las acciones aquí estudiadas. Son los siguientes:

3.2.1. Asistentes y auxiliares

1. Aunque sea tradicional denominar como auxiliar al sujeto que actúa en cumplimiento de la obligación contraída contractualmente por el deudor²⁴⁷, aquí empleamos este término para referirnos en general a los profesionales sanitarios de los que se sirve otro profesional (normalmente un médico) para el desarrollo de su profesión cuando tal desarrollo es por cuenta propia²⁴⁸. La actividad de estos sujetos —que pueden ser profesionales sa-

²⁴⁵ . Así lo definen GÓMEZ PAVÓN (*op. cit.*, p. 345) y MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, p. 295).

²⁴⁶ . Esta división horizontal del trabajo suele producirse entre sujetos de igual categoría profesional. De hecho, es difícil que se organicen en pie de igualdad profesionales de diversa categoría, puesto que la mayor o menor cualificación que va asociada a las distintas categorías profesionales genera relaciones de sumisión, jerárquicas o verticales en definitiva (así, GÓMEZ PAVÓN, *op. cit.*, p. 345, caracteriza la división vertical del trabajo como propia de personal de diferente categoría y reserva la división horizontal para profesionales de igual categoría, que realizan funciones complementarias).

²⁴⁷ . De hecho, SIERRA PÉREZ distingue a estos efectos entre «auxiliar» y «dependiente» (*op. cit.*, p. 127).

²⁴⁸ . En estos casos, la regla es, como establecen UHLENBRUCK y SCHULD (en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 169), que responde el titular de la consulta médica.

En cambio, cuando se plantea la colaboración de asistentes y auxiliares en el marco del ejercicio de la profesión por cuenta ajena, es el principal quien responde por los hechos de todos los sujetos de los que se sirve para el desarrollo de las prestaciones pactadas, sin perjuicio de que a la hora de repetir la indemnización

nitarios o no sanitarios, según la función que desarrollen—, se supedita a la del principal, de manera que se ha de considerar como una actuación derivada desarrollada dentro del límite marcado por otro profesional, cuya actividad complementa.

Por ello, es fácil identificar en este marco relaciones de dependencia (interpretada como sometimiento a control de la actividad²⁴⁹) o la ejecución de la prestación asumida por el deudor, presupuestos ambos, como se ha visto, de la responsabilidad por hecho ajeno.

2. Esto determinará que en los casos aquí planteados, cuando el falso diagnóstico proceda de la actuación de uno de los auxiliares o dependientes de un profesional sanitario que actúe junto al principal en el proceso de diagnóstico, de acuerdo con la tipología de los casos que ya se ha visto en relación a la responsabilidad por hecho propio, podrá reclamarse responsabilidad del auxiliar (por hecho propio) y del principal (por hecho ajeno). Con ello aumentan las garantías para los demandantes de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life*, pues aumenta el círculo de legitimados pasivos.

3.2.2. Sustitutos

1. Se habla de sustitución cuando un profesional sanitario lleva a cabo una determinada actuación en vez de otro profesional de igual o inferior categoría profesional, de ma-

pueda plantearse si se puede dirigir no sólo frente al autor material, sino también frente al superior jerárquico del mismo bajo cuyo control estaba. En todo caso, se deberá exceptuar de esta regla el supuesto de que el personal auxiliar dependa exclusivamente del profesional sanitario y no del principal.

²⁴⁹ . En concreto, señala YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, p. 268) que si se empleasen otros criterios para definir la dependencia, no se podría reclamar responsabilidad por hecho ajeno respecto de empleados con alto nivel técnico o titulación académica. De hecho, autores como GITRAMA GONZÁLEZ (*op. cit.*, pp. 364) o LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, pp. 301 y 340-343) sostienen que no existe responsabilidad por hecho ajeno en el marco del ejercicio de la competencia científica, sino únicamente cuando el daño se produce en el ámbito organizativo. En este sentido, hay que destacar la existencia en el derecho anglosajón de un privilegio establecido para los hospitales, conforme al cual sólo responden de los daños creados en el contexto administrativo (privilegio que, según HAUBERICHs se justificó inicialmente en la idea de la independencia técnica de los profesionales, y que actualmente se contempla como una mera decisión de política jurídica; *op. cit.*, p. 65).

Tal idea, no obstante, no puede aceptarse. Si bien es cierto que el profesional sanitario actúa siempre de forma independiente o individual (como destaca LE TOURNEAU y CADIET, *op. cit.*, p. 752), desde el momento en que desarrolla su actividad en interés y por cuenta de la persona jurídica, ésta asume con ello la responsabilidad sobre sus actos en el desarrollo de la actividad encomendada, aunque tal actividad no sea predeterminada estrictamente por el principal (opinión que parece compartir YZQUIERDO TOLSADA con la idea del riesgo de la empresa: «quien emplea, pues, a un profesional liberal bajo la disciplina de empresa, responde también de las faltas de éste», *Profesional liberal...*, pp. 70-74). A ello añade ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, p. 362) el argumento de que frente al paciente no hay diferencia entre el daño causado por un profesional dependiente y uno independiente, y que de no ser así, el ámbito del artículo 1903 Cc quedaría muy limitado, pues se restringiría a la responsabilidad por los auxiliares. Finalmente, según MARTÍNEZ-CALCERRADA (*La responsabilidad...*, p. 287) e YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, p. 66), se trata de la solución más cómoda para la víctima.

nera que el sustituto pasa a desempeñar la labor que le correspondía al sustituido, sin que se celebre nuevo contrato con él²⁵⁰.

Por lo que aquí nos interesa, las sustituciones más relevantes de cara a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* son las que se producen entre médicos, puesto que son los que ocupan la posición principal en la prestación de diagnóstico y los más frecuentemente demandados. Se trata de determinar en estos casos si responde el profesional sustituido por los daños ocasionados por el sustituto en el desarrollo de la prestación²⁵¹.

2. Tal sustitución, en el marco de una prestación sanitaria desarrollada fuera de contrato, es posible en tanto que se cubran las necesidades de asistencia del paciente (pues, de lo contrario, se trataría de una actuación negligente, contraria al deber de asistencia)²⁵². La responsabilidad en estos casos debería hacerse depender, en principio, de la existencia de una relación de dependencia entre sustituido y sustituto, que no siempre existe²⁵³.

Sin embargo, hay que tener en cuenta en este punto lo que indica MIGUEL GONZÁLEZ sobre la posibilidad de establecer una responsabilidad por hecho ajeno al margen de la dependencia, cuando se trate de actividades en las que están presentes «deberes de cuidado» o «de prevención de daños». Conforme a estos deberes, el sujeto que delega en otro la ejecución de la actividad en que éstos se despliegan queda obligado a desempeñar

²⁵⁰ . Como puntualizaba en su momento TORRALBA SORIANO (*op. cit.*, p. 1160, con cita de Ferrara), y posteriormente, MARTÍNEZ-CALCERRADA (*La responsabilidad...*, p. 290) e YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, p. 250), no se trata de sustituir al deudor en su posición como deudor, sino de sustituirlo en la actividad de cumplimiento (sustitución material, pues, no jurídica). Cuando tal sustitución se produce también desde un punto de vista jurídico, el antiguo contratante responderá por lo que él hubiera acordado, pero no por los daños ocasionados en el curso del nuevo contrato pactado, respecto del cual resulta ajeno. Así lo aceptan tanto LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 932), como YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, p. 249).

²⁵¹ . Un ejemplo de este problema de las sustituciones aplicado a los casos aquí estudiados lo encontramos en el marco de las acciones de *wrongful birth*, en la STS de 6 de junio de 1997. En ella se planteó la demanda (entre otros demandados) frente al médico sustituido en el curso de la prestación de diagnóstico prenatal de la paciente demandante. El Tribunal Supremo rechazó su responsabilidad sobre el argumento de que había cesado en su actividad por causa legítima —enfermedad— antes de que ocurrieran los eventos. El sustituto, era, pues independiente y no respondía por él el sustituido.

²⁵² . Se trata de una situación relativamente frecuente y generalmente aceptada, pues permite la continuidad de la atención prestada al paciente. Piénsese en supuestos de enfermedad, vacaciones, maternidad o fallecimiento del profesional, supuestos todos ellos en los que, por voluntad del profesional sanitario, o motivos ajenos a su voluntad y control —distinción que podrá ser trascendente de cara a la apreciación de una posible causa de exoneración de responsabilidad del sustituido por caso fortuito o fuerza mayor—, ha de abandonar temporal o permanentemente dicha atención. El deber de asistencia le obliga a redirigir al paciente a otro profesional o a proveer un sustituto hasta su reincorporación, a fin de que tal asistencia no sufra merma.

²⁵³ . De hecho, en opinión de ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, p. 364), no existe nunca, afirmación que resulta excesivamente tajante, puesto que se puede apreciar una situación de control de la actividad del sustituto por parte del sustituido en la medida en que le haya dejado órdenes o indicaciones para el tratamiento de los pacientes que se encuentre en curso.

una cierta diligencia, un control sobre el sujeto independiente que lleva a cabo la actuación²⁵⁴. Si tal control no se realiza, podrá apreciarse una responsabilidad por hecho ajeno fuera de los límites del 1903 p.4 Cc (artículo que ha de entenderse que no agota los casos de responsabilidad por hecho ajeno, ni excluye que existan otros supuestos).

Aunque el autor citado recoge esta doctrina exclusivamente para el caso de la responsabilidad de los propietarios por los daños ocasionados en las fincas colindantes, se podría plantear si el supuesto de la sustitución médica reúne las condiciones requeridas. No cabe duda de que los profesionales sanitarios están sometidos a un especial deber de cuidado o de prevención de daños en el ejercicio de la actividad. El profesional que se hace cargo de la atención de un paciente ha de cuidar de que no se le produzcan daños en el curso del tratamiento; de hecho, no puede exonerarse de este deber encargándose a un tercero, aunque la atención no se preste por un vínculo de dependencia. Parece, pues, que la independencia entre sustituto y sustituido podría no ser obstáculo a la responsabilidad del segundo.

Sin embargo, esto no puede derivar tampoco en la responsabilidad del sustituido en todo caso. De hecho, quedará exonerado generalmente a través del principio de confianza, pues no se le puede imputar una responsabilidad por el hecho de otro sujeto que no depende de él, en la medida en que no apareciera como manifiestamente incompetente y pudiera confiar el sustituido en que el sustituto desarrollaría adecuadamente su función²⁵⁵.

3. En el marco de las prestaciones contractuales, las cosas se complican, pues tratándose la prestación sanitaria de una prestación personalísima, es necesario que se haya reconocido la posibilidad de sustitución en el contrato, expresa o tácitamente, o sea autori-

²⁵⁴ . «Observaciones...», pp. 1505-1510 y «La responsabilidad...», pp. 77-78. Esta idea es posteriormente desarrollada por SIERRA PÉREZ (*op. cit.*, pp. 213-219). En concreto, señala la autora que, al margen del artículo 1903 Cc, la ley impone en ocasiones deberes específicos a determinadas personas frente a colectivos más o menos precisos, supuesto en el cual éstos deben responsabilizarse de los daños causados en tal ámbito. Si se delega el cumplimiento de estos deberes en otros sujetos, el titular del deber ha de responder igualmente por los daños causados (pues de lo contrario burlaría el espíritu de la ley), sea cual sea la vinculación que exista con el sujeto que actuara.

Tal opinión recuerda en cierto modo a la imputación de responsabilidad por las actuaciones de sujetos independientes en el derecho estadounidense en caso de negligencia del empleador, supuestos de deberes no delegables y actividades inherentemente peligrosas (ver al respecto MARKESINIS y DEAKIN, *op. cit.*, pp. 554-555 y PROSSER y KEATON, *op. cit.*, pp. 510-515). Pero también recuerda a la elaboración general en el derecho anglosajón de un *duty of care* (por situaciones de dependencia, relación a la víctima, propiedad o relación con la persona que ocasiona el daño. Ver al respecto ROGERS, *op. cit.*, pp. 120-124).

²⁵⁵ . Ésta es la vía adecuada para la exoneración de responsabilidad, si es que se acepta que existe una responsabilidad por hecho ajeno más allá del 1903 Cc. No obstante, hay que señalar que la jurisprudencia tiende en estos casos a rechazar la responsabilidad sobre la idea de la falta de dependencia.

zada ésta por el acreedor²⁵⁶. De hecho, de este reconocimiento no sólo depende que se pueda considerar o no la sustitución como incumplimiento contractual (artículo 1161 Cc), sino que, desde nuestro punto de vista, de ello depende que el sustituido quede o no desvinculado de la prestación (y, con ello, su responsabilidad por el daño producido por el sustituto).

Así, cuando se hubiera rechazado la facultad de designar sustituto o, contemplada tal facultad, el designado fuera incapaz, responderá el sustituido por la actuación del sustituto, aunque este último se exceda de las instrucciones proporcionadas —en su caso— por él²⁵⁷. En cambio, en tanto que se concediera tal facultad de sustitución, expresa o tácitamente, habrá que entender que no existe responsabilidad por los daños causados por el sustituto, pues el acreedor acepta con ello la desvinculación del deudor sustituido respecto de la prestación, que pasa a ser asumida por el sustituto²⁵⁸.

3.2.3. Estudiantes, residentes y profesionales sometidos a supervisión

1. En este grupo se reúnen tres tipos de intervinientes en el ámbito sanitario que tienen en común el sometimiento a supervisión de su actividad, lo que plantea la posibilidad de reclamar la responsabilidad por hecho ajeno al supervisor, en caso de que el comportamiento de tales sujetos produzca un daño en el paciente.

²⁵⁶ . Cuando en el contrato no se prevé nada al respecto, ha de admitirse, no obstante, la posibilidad de sustitución, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1721 Cc (cuya aplicación al caso realizan por analogía MARTÍNEZ-CALCERRADA, *La responsabilidad...*, p. 28 e YZQUIERDO TOLSADA, *Profesional liberal...*, p. 249). La misma solución, no obstante, se extrae de la integración de la voluntad contractual a través del 1258 Cc y su remisión a los usos del tráfico. Éstos muestran cómo la sustitución es un fenómeno frecuente en nuestros días, sobre todo ante el creciente deterioro del carácter *intuitu personae* de la prestación médica (por la aparición de los grandes centros hospitalarios y las agrupaciones de profesionales sanitarios en general, que desarrollan la atención de los pacientes sin una previa elección por el paciente del profesional en cuestión).

²⁵⁷ . En estos casos, señala en concreto YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, p. 251) que se puede hablar de incumplimiento contractual.

De todas formas, tal responsabilidad por hecho ajeno sólo se producirá en tanto que la prestación desarrollada por el sustituto sea la que le correspondía al sustituido, ya que, si se trata de una prestación nueva o diferente, habrá que entender que se ha establecido una relación directa entre el sustituto y el paciente, al margen del sustituido; relación que elimina en ese caso la idea de sustitución y exonera de responsabilidad al sustituido, ajeno a ella. En este sentido parece manifestarse GONZÁLEZ MORÁN (*op. cit.*, p. 141), cuando establece que para el supuesto de nuevas dolencias o antiguas, se ha de entender celebrado un nuevo contrato entre sustituto y paciente, de manera que sólo responde el sustituto.

²⁵⁸ . Así, parece apuntar MIQUEL GONZÁLEZ la posibilidad de que el consentimiento del acreedor de la prestación de la sustitución signifique que admite la misma y, con ello, que el deudor inicial quede liberado («La responsabilidad...», p. 75).

2. La presencia de estudiantes en las instituciones sanitarias forma parte de la formación de éstos en sus estudios correspondientes²⁵⁹. Ahora bien, esta intervención en el ámbito sanitario se limita generalmente a observar y aprender, sin poder intervenir de forma directa en el tratamiento de los pacientes²⁶⁰. Sólo ocasionalmente se les encomiendan tareas menores y sólo bajo supervisión y tutela del profesor o profesional encargado de las prácticas. Por tanto, esta intervención es prácticamente descartable en el marco de las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life*.

Pese a ello, en la hipótesis de que se planteara un supuesto de estas características, para establecer la responsabilidad por hecho ajeno habría que distinguir en realidad según si la práctica del estudiante se desarrollara en un centro público (que es lo más habitual) o en un centro privado (que es la excepción).

- En el primer caso, la responsabilidad se debería plantear como responsabilidad administrativa, ya que se trata de una actuación desarrollada en el seno de la Administración y bajo el control de la misma, que se inserta de cara al paciente en el funcionamiento del servicio público de salud. No obstante, hay que advertir de que cuando se estudia esta responsabilidad por hechos de los estudiantes de medicina, se suele enmarcar sin mayor distinción en la responsabilidad extracontractual, lo cual es incorrecto.

- En el supuesto de las prácticas en una institución privada, sin embargo, sí podrá plantearse por vía extracontractual la responsabilidad del supervisor o, incluso, de la propia institución en que se desarrolla la actividad²⁶¹, siempre que la actuación de este sujeto no se encuentre inserta en el seno de una relación contractual celebrada por su supervisor o por la institución sanitaria en la que realice su actividad. En este segundo caso, como es lógico, la

²⁵⁹. Por citar algunos ejemplos, el RD 1417/1990, de 26 de octubre, prevé en la directriz Primera 2.d) que uno de los conocimientos que deben proporcionar las enseñanzas de Medicina es «una experiencia clínica adecuada adquirida en hospitales, bajo la vigilancia pertinente»; e igualmente, respecto de la Diplomatura de Enfermería, la Directriz Primera a) del RD 1466/1990, de 26 de octubre dispone que este tipo de enseñanzas deben proporcionar «una experiencia clínica adecuada; ésta [...] deberá adquirirse bajo el control de personal de enfermería cualificado, y en los lugares donde la importancia del personal cualificado y los equipos sean apropiados para los cuidados de enfermería que haya que dispensar al enfermo».

²⁶⁰. Según FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 297), su misión es estudiar y no curar. Por ello, subraya el autor que estos estudiantes no deben tener funciones asignadas, de manera que su intervención en el trato de los pacientes será, en todo caso, puntual.

²⁶¹. Dentro de ésta, la única duda que puede plantearse es si la exigencia ha de realizarse a través del artículo 1903 p.4 ó 1903 p.5 Cc. Este último es, de hecho, aplicable a los estudiantes de formación profesional menores de edad, en tanto que las prácticas —que son actividades escolares— pueden encontrarse supervisadas por el profesorado del centro. El resto de supuestos se deberán remitir al párrafo 4, aplicado analógicamente, ya que no encaja exactamente el caso planteado con el presupuesto de la norma.

responsabilidad por el hecho del estudiante se deberá analizar de acuerdo con las reglas de la responsabilidad contractual.

3. Por lo que respecta a los residentes (o estudiantes MIR), que desarrollan una práctica de complemento de los estudios de medicina, plantean de nuevo, en realidad, un supuesto de responsabilidad administrativa (salvo en muy contadas excepciones²⁶²), aunque tampoco ha sido estudiada generalmente en este ámbito, sino en el extracontractual.

Respecto de estos profesionales en formación, hay que señalar que su mayor intervención en los actos médicos (que aumenta con cada año de especialización) genera una mayor probabilidad de que puedan intervenir en el presupuesto de las acciones aquí estudiadas²⁶³. Esta mayor cualificación, sin embargo, no elimina la necesidad de control o supervisión sobre sus actividades²⁶⁴, supuesto a partir del cual normalmente existirá responsabilidad del supervisor o de la institución bajo la cual desarrollen su actividad²⁶⁵, junto a la del propio estudiante (en la medida en que su actuación se pueda considerar negligente)²⁶⁶,

²⁶² . La especialización en medicina se realiza a través del procedimiento denominado MIR (Médico interno residente) regulado por el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, por el que se regula la formación médica especializada y la obtención del título de Médico Especialista. La formación se realiza en un centro acreditado por el Ministerio de Educación. Excepcionalmente la obtención de la especialidad médica se ha podido realizar en el pasado (hasta el 26 de marzo de 2000) a través del procedimiento denominado MESTO (Médico especialista sin título oficial), por el que se reconoce el título de especialista a determinados sujetos que acrediten haber realizado una formación equivalente a la especialización MIR; únicamente en estos casos se podrá producir la responsabilidad al margen de la Administración.

²⁶³ . En este sentido, FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 298) establece que el estudiante MIR, si bien no diagnostica ni interpreta síntomas, ni opera o realiza intervenciones complicadas (afirmación algo alejada de la práctica actual de los hospitales en que se desarrollan tales prácticas), sí puede realizar operaciones sencillas, y GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, pp. 27 y 34) destacan cómo los MIR ejercen muchas veces funciones asistenciales, lo que da lugar a resultados negativos o indeseables.

²⁶⁴ . En concreto, el artículo 4.1.A) del RD 127/1984, de 11 de enero, establece la supervisión como parte de la definición del concepto de médico residente, al disponer que «son médicos residentes aquéllos que, para obtener su título de médico especialista, permanecen en los centros y en las unidades docentes acreditadas un periodo, limitado en el tiempo, *de práctica profesional programada y supervisada*, a fin de alcanzar, de forma progresiva, los conocimientos y la responsabilidad profesional necesarios para ejercer la especialidad de modo eficiente» [la cursiva es nuestra]. Sin embargo, LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 952) puntualiza que cuanto mayor sea la experiencia del estudiante, menor deberá ser el control del supervisor.

²⁶⁵ . Así lo consideran tanto FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, pp. 288 y 298), como LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, p. 345), o, entre la doctrina extranjera, FISCHER y LILIE (*op. cit.*, p. 12) o LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 952). Los dos autores españoles, incluso, contemplan la posibilidad de atribuir tal responsabilidad por hecho ajeno al centro hospitalario, como instructor o supervisor (respectivamente, pp. 288 y 345); pero también habrá que contemplar en este supuesto la posibilidad de imputar la responsabilidad al centro por un fallo o defecto asistencial (responsabilidad, pues, por hecho propio).

²⁶⁶ . Pese a que esta responsabilidad por hecho propio es admitida por GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, p. 478), LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, p. 345) parece resistirse a la responsabilidad del propio estudiante, aunque aludiendo a razones no del todo jurídicas, como que no le beneficiaría en absoluto un procedimiento de responsabilidad en el inicio de su carrera profesional. La razón de la exoneración, sin embargo, deberá venir determinada, en su caso, por una inexistencia de comportamiento negligente; negligente-

tanto en un contexto de responsabilidad extracontractual, como en un contexto de asunción del supervisor de una prestación contractual.

4. Finalmente, se encuentran los diversos profesionales sanitarios sometidos a control o supervisión; en concreto, los Técnicos Superiores de Formación Profesional en anatomía patológica y citología, en diagnóstico clínico y en imagen para el diagnóstico²⁶⁷. En estos casos no se puede dudar de su intervención en el marco de los procesos de diagnóstico en general –y de los aquí analizados en concreto–, pues su actividad se desarrolla fundamentalmente en relación a la fase de prueba, cuya importancia ya ha sido destacada.

La cuestión es si responde o no por los daños producidos en el desarrollo de tal actividad el supervisor bajo cuyo control se encuentra el técnico. Si bien parece fuera de duda la responsabilidad de aquél por hecho ajeno en el contexto de responsabilidad extracontractual, es dudoso si responde también en el marco de la responsabilidad contractual, en la medida en que el deudor de la prestación pudiera ser el técnico y no el supervisor. No obstante, tal hipótesis es difícil que se produzca, en tanto que el sometimiento a control parece constituirse como obstáculo al desarrollo independiente de esta actividad. Lo normal es, pues, que el contrato con el paciente lo celebre la persona física o jurídica para la cual desarrolla su labor el técnico, planteándose en estos casos la responsabilidad no sólo de ésta –en su calidad de deudora de la prestación–, sino también del profesional al que se le encomienda en su seno la tarea de supervisor (cuando se trate de un sujeto distinto al deudor contractual).

3.2.4. Personas jurídicas y ejercicio en general de la profesión por cuenta ajena

1. En este grupo se incluyen todos los supuestos en que un profesional sanitario se encuentra vinculado de forma civil o laboral con otra persona –física o jurídica²⁶⁸– para la

cia que se habrá de apreciar, en opinión de FISCHER y LILIE (*op. cit.*, p. 12), de acuerdo con el estándar de su grupo profesional.

²⁶⁷ . Ver al respecto los respectivos apartados 2.1.1. de los Anexos de los RD 538/1995, 539/1995 y 545/1997, de 7 de abril, en que se establece este sometimiento a supervisión.

²⁶⁸ . La idea de dependencia se ha considerado en ocasiones contradictoria en el seno de una actividad tradicionalmente considerada «liberal» (MARTÍN BERNAL, *Responsabilidad...*, p. 212 o MARTÍNEZ-CALCERRADA, *La responsabilidad...*, p. 283); pero no presenta dificultades en tanto se entienda –como hace GITRAMA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 361-362– que el profesional es independiente para el ejercicio de su profesión (independencia técnico-sanitaria). Sólo se ordena la actividad, el tiempo y el lugar, no el desarrollo de la profesión en sí. Tal idea la recogen actualmente entre nuestros autores ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, pp. 225 y 361); CAMPINS VARGAS (*op. cit.*, p. 81); LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, p. 299); SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p.

cual desarrolla su prestación y que, por razón de la dependencia o de la asunción contractual de la prestación pactada, ha de responder.

Tal punto de partida, que supone repetir lo establecido respecto de la responsabilidad por hecho ajeno, ha de ser matizado por lo que respecta a las personas jurídicas.

2. Aunque no se duda de la posibilidad de considerar a la persona jurídica como legitimado pasivo de una acción de responsabilidad por hecho ajeno contractual o extracontractual²⁶⁹, puede resultar en cierto modo complicado predicar tal responsabilidad en el ámbito extracontractual —si se entiende la responsabilidad por hecho ajeno como excepción, lo cual es debatible²⁷⁰—, pues no se contempla expresamente en ninguno de los apartados del artículo 1903 Cc, ni existe otra norma que expresamente lo proclame. De hecho, el artículo 1903 p.4 se encuentra con ciertas dificultades de interpretación respecto de su aplicación a las personas jurídicas en general (v.gr., la idea de «establecimiento o empresa»²⁷¹), aunque

339) o YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, p. 61): se puede determinar el «qué» de la actividad, pero no el «cómo».

²⁶⁹ . Así lo afirma CAFFARENA LAPORTA («Artículo 38...», pp. 243-244), sobre la base del artículo 38 y la aplicación analógica del artículo 1903 p.4 Cc. Con la primera justificación coinciden GÓMEZ CALLE («Los sujetos...», p. 421: «puesto que según el art. 38.1 Cc las personas jurídicas pueden contraer obligaciones, sin distinción, hay que admitir que lo mismo pueden asumir obligaciones contractuales que verse afectadas por la de indemnizar los daños extracontractuales que les sean imputables») y LACRUZ BERDEJO, *et al.* (*Elementos II-2...*, p. 468); con la segunda, Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema II...*, p. 556: «la persona jurídica puede ser, sin duda, civilmente responsable de un hecho ajeno. Así en cualquiera de las hipótesis del artículo 1903, o desde el punto de vista del Derecho penal, cuando es responsable civil subsidiaria del autor del delito»).

²⁷⁰ . La consideración de los supuestos regulados en el artículo 1903 como *numerus clausus* de la responsabilidad por hecho ajeno es una opinión que, según DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Tratado...*, p. 329, «Artículo 1903»...), p. 2006), es prácticamente unánime entre la doctrina y que se recoge entre la jurisprudencia a partir de la STS de 30 de abril de 1969, que inició una línea de interpretación estricta. Como ejemplo, baste citar las siguientes palabras de LACRUZ BERDEJO, *et al.* (*Elementos II-2...*, p. 523): «la enumeración que hace el art. 1903 Cc de las personas de quienes se debe responder, muy concreta y precisa, hace suponer que, en principio, no se admita aquí la extensión por analogía, como tampoco la de la regulación del CP, aunque se trata de normas civiles y no les alcanza la prohibición de analogía del CP».

Frente a este criterio excesivamente limitado, parte en general JORDANO FRAGA de que la responsabilidad civil directa y la indirecta son dos fenómenos igualmente presentes en nuestro Ordenamiento, cuya relación no es la de regla-excepción (*op. cit.*, pp. 20-22). A partir de ahí, declara SIERRA PÉREZ (*op. cit.*, pp. 106 y 113) que comienza a abrirse paso la idea de que se trata de una enumeración meramente ejemplificativa. De hecho, en este sentido, Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema II...*, p. 569), mantienen que en todos los supuestos del artículo 1903 Cc «existen unas relaciones jurídicas determinantes de un nexo de jerarquía o subordinación que permite dar a otro órdenes e instrucciones, o vigilar la actuación de una persona», por lo que la extensión es posible siempre y cuando concurran en la situación a la que se produzca tal extensión aquellas mismas características. Igualmente, sobre otro criterio interpretativo, MIQUEL GONZÁLEZ («Observaciones...», pp. 1505-1507, 1509), como ya se vio, admite la posibilidad de reconocer responsabilidad por hecho ajeno cuando se encuentren otros deberes de cuidado impuestos por otros preceptos: el artículo 1903 p. 4 no es la única norma para resolver el problema de la responsabilidad por hecho ajeno.

²⁷¹ . LACRUZ BERDEJO, *et al.* (*Elementos II-2...*, p. 468), por ejemplo, rechaza la aplicación a las personas jurídicas del artículo 1903 p.4 Cc, pues «no cabe equiparar a la persona jurídica con un «establecimiento o empresa»», frase que procede de una STS de 3 de julio de 1968 en la que se aplicaba el artículo 1902 a una

no son insalvables en el campo en que aquí nos movemos, donde la intervención de personas jurídicas en el ámbito de la actividad médica suele adaptarse a la idea de empresa para la que prestan sus servicios los diversos profesionales sanitarios integrados en ella.

En el marco de la responsabilidad contractual, en cambio, no se plantean estas cuestiones, pues la responsabilidad de la persona jurídica deriva, al igual que se ha visto en general, de la obligación asumida contractualmente²⁷². En estos casos, por otra parte, se sobreentiende que la prestación se habrá de realizar a través de sujetos distintos del deudor, por lo que su intervención se reconoce de forma expresa o tácita en el contrato.

3. Como ya se apuntó, la intervención de la persona jurídica en el ámbito sanitario se plantea a través de tres posibles fórmulas:

- En primer lugar se encuentran las entidades sanitarias para las cuales prestan sus servicios los profesionales médicos en las clínicas o centros hospitalarios que sean de su propiedad, supuestos respecto de los que precisamente se ha planteado en más de una ocasión demanda por *wrongful birth*²⁷³. En estos casos, no se duda la responsabilidad extracontractual, en tanto que se trata de dependientes de la institución; y habrá igualmente responsabilidad contractual por las actuaciones de estos sujetos, en la medida en que su actuación se produzca dentro del ámbito de competencias contractualmente asumidas, de acuerdo con lo que ya se indicó en el segundo capítulo respecto del «contrato total de hospital».

compañía de ferrocarriles por los daños ocasionados por un tren. Frente a ello, Díez-PICAZO (*Daños...*, p. 161) afirma: «nunca existió dificultad para admitir que lo que el Código llama “dueños de establecimientos o empresas”, pueden ser personas jurídicas y que el artículo comprometía la responsabilidad de tales personas cuando el daño era causado por los dependientes de éstas».

Esta última opinión es, de hecho, la correcta. La interpretación de la expresión es amplia, como demuestran las disquisiciones de ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, pp. 359-360) respecto a la inclusión en ella de las consultas privadas. Se ha de acudir a la idea de empresa desde el punto de vista laboral, según el autor, lo que permite incluir a las personas jurídicas y físicas del ámbito sanitario. SIERRA PÉREZ, que estudia en profundidad la cuestión, e indica que a través de este párrafo se amplía la responsabilidad del artículo 1903 (*op. cit.*, p. 107), señala que las dos notas características de la empresa son la organización y la actividad económica (p. 109) y que de éstas –a los efectos de la responsabilidad por hecho ajeno– es la nota de la existencia de organización –en cuanto a conjunto de relaciones de autoridad, de coordinación y de comunicación que forma la actividad del grupo humano entre sí– la que ha de concurrir (p. 112). A partir de aquí, la autora afirma que la inclusión de un determinado supuesto en estos casos dependerá de la mayor o menor exigencia respecto de estos conceptos (p. 111).

²⁷² . Así lo señala expresamente CAFFARENA LAPORTA («Artículo 38...», p. 244), al establecer: «no se discute que pudiendo la persona jurídica contraer obligaciones responderá de su cumplimiento con su patrimonio, siendo aplicables las reglas sobre responsabilidad contenidas en los artículos 1101 y ss. y debiendo valorarse la voluntad y conducta de la persona física que encarna el órgano a través de la cual aquélla actúa».

²⁷³ . Por poner un ejemplo, en el caso resuelto por la STS de 6 de junio de 1997 se demandaba por los progenitores también al centro en el que prestaba los servicios el médico que no informó del padecimiento de un síndrome de Down en el *nasciturus*. El Tribunal Supremo condenó solidariamente a la persona jurídica (la Administración) conforme al 1903 p.4 (deber de vigilancia).

En cambio, no existirá tal responsabilidad en el caso de los profesionales que desarrollan su labor en una determinada institución sanitaria, respecto de la que no guardan vínculos de dependencia y cuya prestación no asume contractualmente la institución²⁷⁴.

- En segundo lugar, se encuentran las sociedades profesionales²⁷⁵. En la medida en que los socios son a la vez los que desarrollan la actividad, puede dudarse si actúan en cumplimiento de las directrices de la sociedad para la ejecución de las obligaciones asumidas por la persona jurídica (como dependientes, pues), o más bien en representación de la persona jurídica que ellos mismos constituyen (como órganos, pues, de la sociedad). Resulta difícil, por tanto, identificar una distinción en el tráfico entre la persona jurídica y los socios, dificultad que ha llevado en ocasiones a predicar únicamente la responsabilidad de la sociedad, no por hecho ajeno, sino por hecho propio²⁷⁶.

²⁷⁴ . Afirma MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, p. 205): «la responsabilidad por daños derivados de la culpa o negligencia de los médicos no recaerá sobre la dirección del respectivo establecimiento, y sí sobre los causantes materiales del daño» (idea con la que coincide DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «Sentencia...», p. 22). La responsabilidad del hospital o establecimiento se producirá en estos supuestos por hecho propio cuando el daño provenga de las instalaciones o personal propio, así como cuando exista un vínculo contractual por el paciente en el cual se hubiera asumido la prestación de asistencia médica (junto a las prestaciones extramédicas y paramédicas). Se trata, pues, del «contrato desdoblado» al que ya se hizo referencia.

A este respecto, sin embargo, la jurisprudencia no sigue una única línea. Así, mientras que las SSTS de 11 de noviembre de 1991 y 23 de marzo de 1993 declararon la exoneración de responsabilidad a la clínica en la que prestaba sus servicios un médico de forma independiente (según la de 23 de marzo, «la obligación de la clínica queda circunscrita a suministrar los medios técnicos en ejecución de los llamados actos paramédicos necesarios, por lo que no surge para ella ninguna obligación de responder por las acciones u omisiones culposas o negligentes de los profesionales intervinientes»), en la STS de 24 de marzo de 2001 se declaró la responsabilidad en iguales condiciones. Esta misma disparidad la refleja GIESEN (*Internacional...*, p. 57), cuando señala, por un lado, una tendencia a concentrar la responsabilidad en las entidades hospitalarias (por la que éstas responden también junto al profesional independiente); y, por otro lado, las posiciones más moderadas que atribuyen el daño según en la esfera de riesgo en que se produjo.

²⁷⁵ . Éstas son definidas por CAMPINS VARGAS (*op. cit.*, p. 27) como «la sociedad externa cuyo objeto social es la prestación de servicios propios de las profesiones liberales a través de sus socios», definición que las distigue de las «sociedades entre profesionales» (de medios, de comunicación recíproca de resultados, de intermediación profesional, equipos profesionales y contratos de cuentas en participación), en las que el recurso a la forma societaria no persigue la prestación de los servicios profesionales por la organización (p. 28), sino que se establece como instrumento organizativo para facilitar el ejercicio de la profesión (p. 35).

La sociedad profesional, por tanto, tiene por objeto social la prestación de servicios profesionales en el mercado, con el fin de obtener lucro repartible entre los socios (cada uno de los cuales son profesionales cuya obligación principal es la aportación de su actividad profesional). Tal sociedad ostenta personalidad jurídica independiente de sus socios (CAMPINS VARGAS, *op. cit.*, pp. 60-61). ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, pp. 212-213), MARTÍNEZ-CALCERRADA (*La responsabilidad...*, p. 277) e YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, p. 159) las incluyen sin mayores problemas en la regulación del artículo 1678 Cc; pero CAMPINS VARGAS (*op. cit.*, pp. 109 y siguientes) afirma que estas sociedades pueden regirse por cualquier tipo societario y no únicamente las formas societarias personalistas.

²⁷⁶ . Según CAMPINS VARGAS (*op. cit.*, pp. 299 y 303), se ha de partir de principio de que se disocia el deudor contractual de la prestación (la sociedad) y el ejecutor de la misma (el profesional), estableciéndose la responsabilidad contractual únicamente respecto del primero, de acuerdo con las reglas de la sociedad.

Sin embargo, es dudoso que los daños a los que aquí se hace referencia en relación con las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* se puedan considerar producidos en una actuación de los socios en representación de la persona jurídica, sino más bien en ejercicio de su objeto social, por lo que no está claro si el criterio de imputación del daño ha de ser el de la responsabilidad por hecho ajeno (de manera que también puedan responder los socios que hayan causado el daño, como responsables por hecho propio)²⁷⁷. Como solución intermedia, tanto CAMPINS VARGAS, como SÁNCHEZ GÓMEZ sostienen que se produce una responsabilidad solidaria entre la sociedad y el socio o socios actuantes²⁷⁸.

- Finalmente, por lo que respecta a las aseguradoras médicas (SANITAS, ADELAS...), que han sido protagonistas de diversas acciones de *wrongful birth*²⁷⁹, existen casos en los que no se establece dependencia entre la aseguradora y el profesional sanitario (cuando se ofrece al asegurado una lista abierta de profesionales entre los que puede optar) y otros en los que tal dependencia existe (cuando la aseguradora ofrece los servicios de centros hospitalarios, en el seno de los cuales trabaja su personal)²⁸⁰.

Pese a que la primera impresión sería la de negar la responsabilidad por hecho ajeno en el primer caso, pero no en el segundo, ha de tenerse en cuenta que la relación con el ase-

²⁷⁷ . De hecho, según CAMPINS VARGAS, la tendencia es a buscar también una responsabilidad directa contractual del profesional actuante; tendencia que justifica la autora en la necesaria independencia técnica que se reconoce a estos sujetos en el ejercicio de su profesión, como medio para incentivar el correcto desarrollo de su función (*op. cit.*, pp. 304-308). En este sentido, GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, p. 476) e YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, p. 161) afirman la responsabilidad del socio.

No obstante, hay que señalar que si lo que se persigue es que el socio responda, no es necesario recurrir a fórmulas de responsabilidad contractual del profesional, como las que esta autora estudia (pp. 310-327), pues también puede exigirse su responsabilidad extracontractualmente con igual resultado. De todas formas, lo que no se ha de permitir en ningún caso es el empleo de la persona jurídica como vía para eludir responsabilidades. Por ello, DE ÁNGEL YÁGÜEZ estudia la posible aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo» a este campo (*Tratado...*, p. 315, «Artículo 1902...», pp. 485-495).

²⁷⁸ . Respectivamente, *op. cit.*, pp. 344-345 y *Contrato...*, pp. 333 y 337. Otros autores ofrecen la solución del ejercicio por la sociedad de una acción de repetición en reclamación de lo pagado (lo que justifica CAMPINS VARGAS en el incumplimiento del contrato que media entre la sociedad y el socio, *op. cit.*, p. 348). Tal es el caso de ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, p. 215), CAFFARENA LAPORTA («Artículo 38...», p. 244) o GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, p. 476).

²⁷⁹ . Por poner un ejemplo, en la STS de 7 de junio de 2002 se demandaba por los progenitores también a la entidad aseguradora a la que pertenecía la clínica donde prestaba sus servicios el médico demandado. La exoneración de responsabilidad fue debida a la falta de relación de causalidad, sin que se pronunciara el Tribunal Supremo sobre la responsabilidad por hecho ajeno.

Entre la jurisprudencia menor, la demanda se ha dirigido también frente a personas jurídicas (aseguradoras en general) en los casos resueltos por las SSAP Madrid de 5 de mayo de 1998; León de 15 de septiembre de 1998 y Cádiz de 17 de septiembre de 2002. En todos ellos se ha desestimado la demanda frente al asegurador (por falta de relación de dependencia).

gurado es siempre contractual, por lo que en realidad se deberá atender a lo que se haya pactado en el contrato. Tal distinción se suele remitir a la diferencia entre el seguro de asistencia sanitaria y el seguro de enfermedad²⁸¹.

En este sentido, destaca GÓMEZ CALLE que la imagen de las aseguradoras médicas como simples mediadoras entre pacientes y profesionales resulta limitada y poco adecuada a la situación real. De hecho, las aseguradoras suelen atribuirse funciones organizativas de las plantillas y funciones que se relacionan con la prestación en sí (por ejemplo, a través de la autorización de determinadas pruebas). No se trata de que actúe como mediadora, sino de que lleva a cabo su prestación a través de la actividad de los profesionales sanitarios adscritos a ella. Por tanto, en la medida en que así se produzca en el caso concreto, deberá responder contractualmente la aseguradora por las actuaciones de los mismos, pues forman parte del ámbito de lo pactado²⁸². Correspondientemente, no responderá cuando no se constate la integración en el ámbito de lo contractualmente pactado de la prestación sanitaria en sí y se limite este contrato a la mediación entre paciente y facultativo.

²⁸⁰ . Tal distinción es la que acoge DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Sentencia...», p. 20) a partir del artículo 2 de la Orden de 14 de enero de 1964 que distingue entre las entidades aseguradoras sin cuadro facultativo propio y con cuadro facultativo propio, afirmando que en las primeras no existe relación jurídica de dependencia.

²⁸¹ . Esta posible distinción en la prestación asumida por el asegurador la admite el artículo 105 LCS y se encuentra implícita en algunos autores, como ASÚA GONZÁLEZ (*op. cit.*, p. 970), que señala: «puede resultar en algunos supuestos dudosos determinar si la aseguradora sólo se obliga a pagar el importe de los servicios prestados por profesionales de la medicina y/o centros hospitalarios con los que ha contratado el paciente [...], o si es la propia compañía aseguradora la que se obliga a la prestación sanitaria y subcontrata con profesionales sanitarios y/o con centros propiamente no vinculados con el paciente». El primero de los casos corresponde al seguro de enfermedad (en que señalan ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 228 y GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO, *op. cit.*, p. 480, que el profesional no trabaja para la compañía de seguros ni depende de ella, por lo que no responde ésta por los daños producidos en el desarrollo de la prestación); el segundo, al seguro de asistencia sanitaria (respecto del que indican tanto PLAZA PENADÉS, *op. cit.*, pp. 21 y 49, como ROMERO COLOMA, *op. cit.*, p. 202, que la aseguradora responde siempre que haya asumido directamente la prestación de los servicios sanitarios o de la asistencia sanitaria).

²⁸² . «El fundamento...», pp. 1708-1709. La autora parece ir más allá de la distinción entre lo asumido contractualmente como base de la responsabilidad de la aseguradora, pues parece estimar en todo caso que la aseguradora es una deudora que cumple su prestación a través de terceros (que responden al concepto de auxiliares del cumplimiento, debiendo responder por ellos la aseguradora).

Frente a ello, sin embargo, la jurisprudencia parece estimar que la misión de las aseguradoras médicas es la de mediar entre pacientes y profesionales sanitarios. Sirvan de ejemplo las palabras de la STS de 27 de septiembre de 1994, cuando sostuvo que entre la aseguradora y el asegurado mediaba un «contrato de prestación de servicios médicos, mediante el cual el centro médico (en el caso discutido la entidad aseguradora) se obliga a suministrar al asociado o afiliado un servicio médico por intermedio de facultativos, clínicas, laboratorios, personal paramédico, etc., que pone a su disposición a cambio de dinero, que se abona en forma periódica y que puede hacerse mediante pago por restación o acto médico, o de una cantidad fija (sistema de iguallas o de primas de seguro)». Tal doctrina ha sido seguida por las SSAP Madrid de 5 de mayo de 1998 y de Cádiz de 17 de septiembre de 2002 (sobre supuestos de *wrongful birth*), así como por parte de la doctrina (entre otros, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «Sentencia...», p. 21; FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad...*, pp. 63-64 y FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, p. 287, que consideran que no existe subordinación funcional).

3.2.5. Equipos o grupos médicos

1. Con esta expresión se hace referencia a una agrupación organizada de profesionales de una misma cualificación o categoría²⁸³, que carece de personalidad jurídica²⁸⁴ y que interviene de forma conjunta (simultánea o sucesivamente), previa distribución entre ellos de las distintas actividades que deben realizarse sobre un mismo paciente. Esto excluye los supuestos en que diversos profesionales desarrollen su labor en un mismo espacio o con un mismo material, sin realizar de forma conjunta la actividad, sino de manera independiente²⁸⁵, así como los profesionales que desarrollan su labor de forma independiente respecto de un mismo paciente²⁸⁶. La falta de actuación conjunta y de organización interna para la división del trabajo entre los profesionales excluye el concepto de grupo²⁸⁷.

Su organización interna puede desarrollarse a través de fórmulas de división del trabajo verticales u horizontales; división que será relevante de cara a la identificación de la responsabilidad por hecho ajeno.

²⁸³ . Como señala MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, p. 294), la idea de grupo o equipo médico se establece a partir de profesionales de igual categoría (no necesariamente médicos o facultativos), sin perjuicio de que el grupo se integre también por otros profesionales –auxiliares de éstos–, respecto de los que la organización del trabajo es jerárquica. Lo que no es preciso es una misma especialidad de estos profesionales. De hecho, lo normal en los equipos médicos es que pertenezcan a especialidades afines o complementarias, para poder integrar de esta forma toda la atención necesaria para el paciente (según GONZÁLEZ MORÁN, equipos quirúrgicos, de diagnóstico, o de chequeo, *op. cit.*, p. 143), aunque, como señalan GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, p. 24), también es posible la agrupación de especialidades muy diversas, a fin de que ofrecer una atención integral (grupos policlínicos o multiviscerales).

²⁸⁴ . Según YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, p. 157), «parece inoportuno obligar a [los profesionales] a que den al grupo en cuestión una fisonomía concreta, una determinada personificación jurídica. Habrá de este modo realidades profesionales que no pasen de ser sino simples agrupaciones de hecho». No obstante, la falta de personalidad no es lo que les distingue de otras realidades, como las sociedades profesionales, sino el carácter interno o externo de la asociación. Según si se pacta el desarrollo de la actividad por la sociedad o por los profesionales, se hablará de una sociedad profesional o de un equipo médico o sociedad entre profesionales (ver CAMPINS VARGAS, *op. cit.*, p. 35).

²⁸⁵ . Como señala CAMPINS VARGAS, suele tratarse de un grupo de profesionales de igual especialidad que se agrupan para abaratar los costes de la asistencia u optimizar la utilización de los medios materiales o personales (*op. cit.*, p. 37). La actividad de cada uno es individual, singular y personal (CAMPINS VARGAS, *op. cit.*, pp. 36, 39 y FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, pp. 278 y 280), por lo que no han de responder unos por los daños ocasionados por los otros. Sólo se produce una responsabilidad de todos ellos cuando el daño procede de los elementos comunes, responsabilidad que en estos casos es por hecho propio y no por hecho ajeno.

²⁸⁶ . En general señala ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, p. 364) que la colaboración transitoria no determina lazos de dependencia. Tal es el caso del tratamiento por dos profesionales sobre una misma dolencia, de la búsqueda de segundas opiniones, del tratamiento «en cadena» (que requiere la intervención sucesiva de profesionales de diversa cualificación para lograr un resultado común, v. gr., un diagnóstico) y del tratamiento paralelo de dolencias diferentes por diversos profesionales (algunos ejemplos, en GÓMEZ PAVÓN, *op. cit.*, p. 343).

²⁸⁷ . Lo que distingue al equipo médico del simple ejercicio en grupo o conjunto de la medicina (distinción presente, por ejemplo, en LE TOURNEAU y CADIET, *op. cit.*, p. 764) es la idea de organización y división del trabajo entre los miembros del equipo para su desarrollo posterior de forma conjunta (LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, p. 260).

2. En primer lugar, en un sistema de división vertical o jerárquica del trabajo, propio de grupos que actúan en el seno de instituciones sanitarias²⁸⁸, la responsabilidad por hecho ajeno se suele afirmar respecto del sujeto que ostenta la posición jerárquica principal en el grupo, pues se considera que es el que coordina y dirige la actividad y el que asume la obligación de neutralización de las fuentes de peligro²⁸⁹.

Tal punto de partida, no obstante, tiene dos excepciones. En primer lugar, responde el conjunto de los miembros del equipo cuando el daño se produce por una visión conjunta del problema, propia de todo el equipo (responden, pues, todos, por hecho propio)²⁹⁰. En segundo lugar, responde únicamente el autor del daño cuando hubiera sido especialmente escogido por el paciente y no actuara bajo la dirección inmediata del jefe²⁹¹.

3. En segundo lugar, en un sistema de división horizontal del trabajo, aunque hay también quien indica la necesidad de un jefe o representante del equipo frente al paciente, tal función tiene una finalidad meramente organizativa, más que de coordinación o asunción del riesgo, por lo que no suele establecerse este criterio de imputación de responsabilidad²⁹². De hecho, el principio en estos casos no es la responsabilidad por hecho ajeno, sino la responsabilidad de cada uno de los profesionales por hecho propio, ya que la actuación de cada miembro del equipo es individualizable y con entidad propia²⁹³. No obstante, esta afirmación se ha de poner en conexión con la vinculación del paciente con el equipo.

²⁸⁸ . En este sentido, indica FERNÁNDEZ HIERRO: «el equipo médico puede estar formado dentro de una clínica, hospital o centro asistencial, lo que es más frecuente, o al margen de éstos. [...] Pueden existir entre los miembros de este equipo relaciones jerárquicas o no y estar entre sí algunos de ellos supeditados a otros con relación laboral o ser independientes en este orden, pudiendo tener una relación laboral todos ellos con un centro hospitalario o clínica» (*op. cit.*, p. 280).

²⁸⁹ . Así lo señala en general la doctrina, como CAMPINS VARGAS (*op. cit.*, p. 334), o MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, p. 297). Del mismo modo, en Alemania, DEUTSCH (*Arztrecht...*, p. 109) establece como regla general: «der Übergeordnete haftet für Fehler und Verschulden der Nachgeordneten»; y en Francia destacan PENNEAU (*Médicale...*, p. 296) y LE TOURNEAU y CADIET (*op. cit.*, p. 764) que el jefe del equipo responde por los actos de uno de sus miembros (aunque éste también sea responsable).

²⁹⁰ . FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, pp. 284-285).

²⁹¹ . GONZÁLEZ MORÁN (*op. cit.*, p. 143): «en este caso, los cuidados prestados por este médico, salvo en el momento en que actuaba bajo la dirección inmediata del cirujano, no comprometen la responsabilidad de éste». Tal regla es repetida por DEUTSCH (*Arztrecht...*, p. 112): «wer liquidiert, haftet».

²⁹² . En este sentido, son diversos los autores que se refieren a la necesidad de que uno de los miembros del equipo coordine la actuación, entre sí o frente al paciente (CAMPINS VARGAS, *op. cit.*, p. 53; FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, p. 283; GÓMEZ PAVÓN, *op. cit.*, pp. 344 y 347-348 y GONZÁLEZ MORÁN, *op. cit.*, p. 143), aunque destacan también la organización igualitaria entre los miembros del equipo, de manera que no hay supeditación entre el jefe y los demás miembros.

²⁹³ . Así se reconoce en general con claridad entre la doctrina extranjera. Por ejemplo, DEUTSCH (*Arztrecht...*, p. 115); FISCHER y LILIE (*op. cit.*, p. 57), GIESEN (*International...*, p. 41); JONES (en KENNEDY y GRUBB, *Principles...*, p. 379) y LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 949) la reconocen como la regla que impera en el

- Cuando la relación del paciente con el equipo sea extracontractual (lo que es frecuente en los supuestos de actuación del equipo por cuenta ajena), la clara división de las competencias entre los profesionales dificultará la identificación de relaciones de dependencia entre los miembros del mismo. Por ello, generalmente se deberá negar la reclamación de responsabilidad por lo realizado por el otro²⁹⁴.

Como excepción se deberán plantear los supuestos de que el daño sea ocasionado de forma conjunta por diversos profesionales (supuesto en que responderán todos los coautores), así como los supuestos en que no se pueda identificar al causante del daño, por ejemplo, por solapamiento o confusión entre las competencias de los componentes del grupo²⁹⁵. En este último caso —de difícil realización— se acudirá a la responsabilidad de todos ellos, de acuerdo con la doctrina del daño causado por un miembro indeterminado de un grupo²⁹⁶.

derecho comparado para los supuestos de organización del equipo médico en pie de igualdad (salvo que el daño sea cometido por diversos sujetos).

En nuestro caso, destaca ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, p. 212) cómo el reparto de trabajo lleva a que cada profesional tenga asignada una función que realiza personalmente y por la cual ha de responder; idea que también subraya DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Sentencia...», p. 25); CAMPINS VARGAS (*op. cit.*, pp. 53-54); GÓMEZ PAVÓN (*op. cit.*, p. 347) o LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, p. 328). Sin embargo, en ocasiones se ha acudido a la figura de este jefe a fin de facilitar la reclamación de la víctima, que no tiene por qué dirigir la demanda frente a todos los integrantes del mismo (FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, p. 284).

²⁹⁴ De hecho, BERGMANN (*op. cit.*, p. 45) parte de que el presupuesto de todo equipo médico es la clara delimitación de las competencias (el médico no debe saber todo, pero sí dónde están sus límites y dónde es mejor que traslade el trabajo a un especialista). GALÁN CORTÉS (*La responsabilidad...*, pp. 17-18) igualmente parte de la individualización de la responsabilidad de los miembros del equipo. Frente a ello, GONZÁLEZ MORÁN (*op. cit.*, p. 146) argumenta que la solución más justa para los intereses del paciente y la que los tiene más en cuenta es la responsabilidad solidaria: los miembros del equipo, al agruparse, se comprometen a aportar su competencia profesional, pero no de una forma aislada, descomprometida con el resto, sino de manera interrelacionada.

Ahora bien, no sólo es la independencia lo que excluye la responsabilidad por hecho ajeno. Ha de tenerse también en cuenta, por otro lado, la aplicación en este ámbito del principio de confianza —al que posteriormente se hará referencia con mayor extensión—, que impide generalmente plantear la existencia de deberes de control de los diversos participantes entre sí, a partir de los cuales proclamar una responsabilidad por hecho ajeno: cada profesional puede confiar en la corrección de la actuación del resto de los componentes del equipo. No obstante, en la medida en que la actuación de alguno de los miembros del equipo sea manifiestamente errónea o actúe fuera de su ámbito de competencias, podrá apreciarse la responsabilidad. Así señala MARTÍN BERNAL que en el seno del reparto horizontal del trabajo juega en toda su amplitud e intensidad el principio de confianza, pudiendo excluirse sólo en casos excepcionales en que se justifique la pérdida de confianza (*Responsabilidad...*, p. 295); criterio al que también acude ROMEO CASABONA («Landesbericht...», p. 345).

²⁹⁵ Declara en este sentido GONZÁLEZ MORÁN (*op. cit.*, p. 146), siguiendo a la STS [2ª] de 16 de junio de 1984, que en estos casos se deberá considerar que la actuación del grupo crea una situación de corresponsabilidad indiferenciada externamente, que genera la responsabilidad de todos.

²⁹⁶ La jurisprudencia y la doctrina, generalmente a partir de una supuesta analogía con la responsabilidad establecida entre los miembros de una partida de caza y otras normas que así lo establecen (DÍEZ-PICAZO, *Daños...*, p. 167), afirman la responsabilidad solidaria entre todos los miembros del grupo, siempre que se acredite —puntualizan PANTALEÓN PRIETO, «Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1983», *CCJC*, 1983, (mg. 36), pp. 413-414 y DÍEZ-PICAZO, *Daños...*, pp. 167-168— que cada uno de los miembros del grupo, de haber sido efectivamente causante del daño, hubiese sido responsable del mismo, y siempre que los com-

- En el caso de vinculación contractual (frecuente en relación a equipos que desarrollan su actividad por cuenta propia), lo normal será que el contrato sea suscrito por todos los miembros del equipo o por uno en representación de todos²⁹⁷. En tal caso, todos los integrantes del equipo, como deudores de la prestación, asumen solidariamente la responsabilidad por los daños producidos en desarrollo de lo pactado —con independencia de cuál sea el reparto acordado en el ámbito interno—, salvo que se pacte una parcelación por actividades, o se haya de entender tal parcelación por la división de competencias²⁹⁸.

4. LAS EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL

1. Como ya se apuntó al enumerar los elementos de la responsabilidad, la culpa no es el único criterio de imputación de responsabilidad que existe actualmente en nuestro Ordenamiento, sino que se admite también en determinados casos la responsabilidad sin culpa. Pese a la tradicional ubicación de la responsabilidad sanitaria dentro de la responsabilidad subjetiva, este ámbito de la responsabilidad no ha permanecido al margen de estos otros criterios de imputación. Por un lado, ya se mencionó inicialmente la existencia de

portamientos de los miembros del grupo formen parte de un acontecimiento unitario espacio-temporalmente. La responsabilidad será solidaria en tanto que se les demande conjuntamente, salvo que se pueda probar que no se pudo causar el daño (en cuyo caso quedará exonerado aquél que realice la mencionada prueba). DE ÁNGEL YAGÜEZ (*Tratado...*, pp. 876-877; », pp. 451-452) lo justifica sobre la base de lo que él denomina «actividad colectiva peligrosa» o «peligro originado por una colectividad»; idea que parece corresponderse con la aplicada por la jurisprudencia francesa, que suele acudir a la noción de «faute commune», o de «garde en commun» (TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE, *op. cit.*, p. 758).

La otra opción —absolver a todos los componentes del grupo por la falta de acreditación del nexo causal—, es defendida por PANTALEÓN PRIETO («8 de febrero de 1983», pp. 416-417; «Artículo 1902...», p. 1984), que rechaza la supuesta analogía con la ley de caza (salvo que la actividad de la que se predica tal analogía esté sometida también a un seguro obligatorio) y recuerda que la función de la responsabilidad civil es indemnizar el daño causado, no castigar conductas peligrosas (sólo existe responsabilidad solidaria en la medida en que sean coautores). No obstante, como señala GÓMEZ CALLE («Los sujetos...», p. 419), esta segunda solución no es la que prevalece en la doctrina.

²⁹⁷ . GONZÁLEZ MORÁN (*op. cit.*, p. 144) afirma también la responsabilidad contractual de todos los miembros del equipo aunque el contrato sea celebrado por uno o varios miembros que no ostenten la representación del resto, pues el paciente contrata expresa o tácitamente, con conciencia de que la prestación va a ser desarrollada por el equipo. Sin embargo, tal regla se deberá hacer depender de que contrate o no en nombre propio aquél que celebre el pacto con el paciente. En el primer caso, por analogía con el 1717 Cc, se debería entender que sólo él queda vinculado, lo que no contradice lo indicado por el autor citado, sino que lo complementa (puesto que en una contratación en nombre propio, difícilmente se puede aceptar que se incluya en la prestación al equipo médico en la representación mental del acreedor).

²⁹⁸ . Internamente, sin embargo, se deberá considerar cómo se reparte la responsabilidad entre los miembros, para lo cual se deberán tener en cuenta las formas de vinculación establecidas entre ellos (civiles, mercantiles o laborales). De esta misma opinión parece ser GONZÁLEZ MORÁN (*op. cit.*, p. 143), cuando establece que la responsabilidad en el ámbito interno se determina por la naturaleza de la vinculación que se disponga entre los miembros del grupo.

tendencias de objetivación, no del todo asentadas; por otro lado, se han de contemplar los supuestos en que la ley establece de forma expresa un sistema de responsabilidad objetiva.

Correspondientemente, en el ámbito de la responsabilidad médica pueden existir determinados supuestos en los que se plantee la existencia de responsabilidad no sólo ante una actuación negligente, sino también pese a que el profesional sanitario causante del daño haya actuado de forma diligente. Se responde en estos casos por la producción del daño en el marco de una actividad de la cual se hace responsable a un sujeto; el criterio de la imputación de la responsabilidad pasa a ser, pues, objetivo²⁹⁹.

2. En concreto, dejando al margen las corrientes de objetivación de la responsabilidad extracontractual (que se manifiestan principalmente en materia de responsabilidad por hecho ajeno, así como en la elevación del parámetro de diligencia del profesional sanitario y en la imputación de responsabilidad a las personas jurídicas en los supuestos de defectos de organización, que ya hemos analizado), los casos son tres: la responsabilidad objetiva en el ámbito de los servicios sanitarios defectuosos regulada por el artículo 28 LGCDU; la responsabilidad objetiva de la Administración y la responsabilidad contractual (interpretada en clave objetiva).

3. En estos tres supuestos, la pregunta que ha de resolverse en nuestro caso es la que se enunció en un principio: hasta qué punto debe imputarse la responsabilidad al profesional sanitario por el nacimiento de un niño enfermo, cuando la condición enferma no pudo haber sido detectada. A diferencia de la tradicional respuesta a estos casos —que ha dependido de la constatación de un comportamiento negligente del profesional sanitario en la producción del falso negativo—, aquí se va a examinar bajo qué condiciones se puede imputar subjetivamente a un sujeto este falso negativo cuando no proviene de culpa.

No se trata, pues, de negar en estos casos la responsabilidad ante la concurrencia de alguno de los comportamientos negligentes que se acaban de analizar (pues sí se responde por ellos). Se trata, por el contrario, de contemplar si la responsabilidad puede establecerse en el contexto de una actuación del profesional sanitario conforme a la *lex artis ad hoc*.

²⁹⁹ . En este sentido, señala LLAMAS POMBO (*La responsabilidad...*, pp. 68-69): «el error en un diagnóstico emitido bajo las correspondientes cautelas no es constitutivo de culpa; pero esto no quiere decir que desde la perspectiva de las modernas corrientes en materia de responsabilidad civil no pueda surgir una obligación de reparar el daño causado como consecuencia del error». Igualmente, recuerda DE ÁNGEL YÁGÜEZ («La tercera...», p. 189 nota 4) que además del criterio de imputación de la culpa en este caso se puede acudir a la responsabilidad objetiva.

Como veremos a continuación, tal responsabilidad es posible, pero con ciertas matizaciones que han de analizarse por separado:

4.1. La responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* en el marco de la LGCDU

1. El artículo 28.1 LGCDU regula un sistema de responsabilidad objetiva que se aplica a los servicios que «incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia y seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario», entre ellos los «servicios sanitarios» (artículo 28.2)³⁰⁰. De esta forma, el titular del servicio se ve obligado a responder, salvo que concurra un supuesto de fuerza mayor que le exonere de la responsabilidad³⁰¹.

Admitida finalmente la aplicabilidad directa de este régimen de reclamación de responsabilidad al ámbito médico³⁰², y pese a la dificultad general que conlleva la aplicación de esta norma a los servicios en general —dado que su redacción se hizo pensando principalmente en los productos defectuosos³⁰³—, esta promulgación permite plantear su aplica-

³⁰⁰ . Pese a que, como señala PARRA LUCÁN (*Daños...*, p. 376 y nota 183) algunos prefieren hablar aquí de responsabilidad por riesgo, no cabe duda de que el mencionado precepto prescinde de la culpa como criterio de imputación. La duda, en todo caso, se encuentra en relación con el sistema de responsabilidad regulado por el artículo 27 LGCDU (pues no hay una opinión unánime respecto a si regula o no un sistema de responsabilidad objetiva) y, en menor medida, respecto del 25, sobre el que sostienen Díez-PICAZO (*Daños...*, p. 140) y PARRA LUCÁN (*Daños...*, p. 375 y los que cita en la nota 180) que se trata de una mera proclamación del principio general de indemnización de los daños sufridos por el consumidor (que se exige en realidad conforme a los artículos 26 a 28).

³⁰¹ . Ver al respecto BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*Comentarios...*, pp. 690-691) y SANTOS BRIZ (*Temas...*, p. 420). Aunque hay quien se opone a la exoneración por fuerza mayor en este ámbito, pues no se prevé expresamente (así parece indicarlo PLAZA PENADÉS, *op. cit.*, pp. 27 y 43), la admisión del juego de la misma es coherente con la idea de un sistema de responsabilidad. Un sistema que no exonere del daño producido por fuerza mayor no puede ser considerado de responsabilidad, sino de seguridad social: el sujeto responsable no es negligente, no ha causado el daño, ni éste proviene de su círculo de control. La atribución al mismo de la responsabilidad es ajena a la idea de responsabilidad, por tanto.

³⁰² . La aplicabilidad directa de la responsabilidad objetiva regulada en el artículo 28 LGCDU fue puesta en duda por la doctrina y por la jurisprudencia, a partir del hecho de que la LGCDU no establece un régimen completo para el acceso a los tribunales de las acciones de responsabilidad que ella misma establece. Por este motivo se exigió inicialmente para su reclamación en juicio un apoyo en las acciones de responsabilidad ya existentes: artículos 1101 y siguientes y 1902 Cc (así, SSTs de 22 de julio de 1994 y de 25 de junio de 1996).

En la actualidad, la opinión mayoritaria, sin embargo, considera esta acción como independiente (entre otros, ASÚA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 1026 y DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *El régimen...*, pp. 390-395). Como destaca DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, los preceptos generales, si acaso, servirán para suplir las deficiencias en la regulación de las acciones en reclamación de daños por servicios defectuosos (*El régimen...*, p. 395, con cita de Bércovitz Rodríguez-Cano).

³⁰³ . Ver al respecto, ASÚA GONZÁLEZ (*op. cit.*, p. 1021); DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ (*El régimen...*, pp. 372-378); Díez-PICAZO (*Daños...*, p. 143) y PARRA LUCÁN («La responsabilidad...», pp. 1243 y 1245). De hecho, como señala esta última autora (pp. 1246-1247) la aplicación de la LGCDU ha sido escasa en relación

ción a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*.

2. El obstáculo a esta aplicación procede, en primer lugar, de la condición de consumidor o usuario que ha de concurrir en el demandante que ejercita esta reclamación de responsabilidad (artículo 1.2 LGCDU). Tal requisito conlleva que únicamente pueda reclamar por esta vía el progenitor usuario del servicio sanitario, lo que excluye al otro progenitor —en caso de que sólo uno de ellos sea paciente, o en caso de que no se haya extendido al otro el vínculo contractual—, así como al niño.

Respecto de éstos, el obstáculo que supone la calificación como «consumidores y usuarios», obliga a extender la norma —como se ha hecho en ocasiones³⁰⁴— a sujetos que no son usuarios directos (*bystanders*). No obstante, dado que tal extensión no es unánimemente aceptada, hay que admitir que en estos casos resulta dudosa la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva del artículo 28 LGCDU³⁰⁵. Su aplicación parece quedar reducida a la reclamación por *wrongful birth* del progenitor usuario del servicio médico.

3. A esto se une una segunda objeción, de tipo más general. El choque de un sistema de responsabilidad objetiva médica con la tradicional posición jurisprudencial y doctrinal de un sistema subjetivo en este ámbito ha sido señalado como uno de los motivos por los cuales esta normativa ha tardado tanto en ser aceptada y aplicada como vía para reclamar

con los servicios. Y es precisamente en relación con los daños a la salud o a la integridad física donde ha sido invocada esta normativa con mayor frecuencia. En su opinión, el motivo reside en que no es fácil regular conjuntamente productos y servicios. De hecho, incluso ya es complicado establecer un régimen uniforme sólo para las diferentes prestaciones de servicios (motivo por el cual han fracasado los diversos intentos en el ámbito europeo de Directivas sobre servicios, optándose por promulgar algunas para diversos sectores, pp. 1243-1244, situación que destaca también MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 486).

Lo más chocante actualmente es que, como afirma repetidas veces esta autora («La responsabilidad...», pp. 1179-1180, 1188-1189, 1197-1198, 1213-1214), la regulación de la responsabilidad civil por los daños causados al consumidor de productos defectuosos se encuentra actualmente regulada de forma exclusiva por la Ley 22/1994 (Disposición Final Primera de la Ley 22/1994, y Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo, incorporada a nuestro derecho a través de la Disposición Adicional 12ª de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que modifica el artículo 2 de la Ley 22/1994). Por ello, la LGCDU regula únicamente hoy en día los daños causados por los servicios, es decir, precisamente aquéllos a los que no se dirigió expresamente su redacción.

³⁰⁴ En concreto, es BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*Comentarios...*, p. 724) quien admite que el artículo 28 LGCDU sea también aplicable a quien no es usuario directo (*bystanders*: persona que sin estar relacionadas con el bien o servicio sufre un daño por razón de proximidad al mismo: p. 684).

³⁰⁵ De hecho, PARRA LUCÁN («La responsabilidad...», pp. 1187 y 1195) afirma que el Capítulo VIII reguló el derecho a la reparación de los daños sufridos por los consumidores y usuarios que fueran destinatarios finales, sin establecer distinción alguna entre los diversos preceptos de tal capítulo, a diferencia de la Ley 22/1994 (pp. 1216-1217). Posteriormente, afirma que la condición para la aplicación de la LGCDU es la de «consumidor» (p. 1246). En este mismo sentido, YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, p. 330).

responsabilidad³⁰⁶. De hecho, estas reticencias se siguen manifestando por parte de una serie de autores que afirman la aplicabilidad de tal régimen de responsabilidad únicamente frente a los centros sanitarios o sus titulares, pero no frente a los profesionales sanitarios³⁰⁷.

Desde el punto de vista de las acciones aquí estudiadas, tal restricción –si es que se acepta, pues la LGCDU no la contiene expresamente– supondría afirmar la responsabilidad del profesional sanitario de acuerdo con un criterio de imputación subjetivo, a la vez que, frente al titular del centro sanitario dentro del cual prestara –en su caso– la actividad sanitaria, se podría reclamar la responsabilidad incluso en los supuestos en los que el mal o defecto del niño no fuera detectable con arreglo a los conocimientos de la ciencia médica. Acreditado el daño producido y el correcto uso del servicio por parte de la víctima, operaría la responsabilidad objetiva para imputar la responsabilidad al centro sanitario.

4. Esta conclusión, sin embargo, debe ser matizada desde diversos puntos de vista:

³⁰⁶ . DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ (*El régimen...*, p. 381). De hecho, PANTALEÓN PRIETO («Cómo repensar...», p. 461) parece abogar por la supresión del artículo 28 LGCDU respecto a los servicios sanitarios (califica de «peligrosa mención» la de los servicios sanitarios).

En concreto, existió inicialmente una tendencia jurisprudencial de rechazo de la aplicación del artículo 28 a los servicios sanitarios para reclamar responsabilidad (entre otras, SSTs de 29 de julio de 1994, 11 de febrero y 27 de junio de 1997 y 19 de junio de 1998), fundamentalmente sobre la base de que carecía de fuerza sustantiva y era una mera previsión administrativa, una especie de «ley marco» (STs de 22 de julio de 1994, criticada en este aspecto por DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *El régimen...*, pp. 390). Según ASÚA GONZÁLEZ (*op. cit.*, p. 960), se trataba de una «conspiración de silencio». Esta tendencia, sin embargo, está desapareciendo paulatinamente y cada vez son más las sentencias que aceptan la aplicación del artículo 28 a los servicios médicos defectuosos (entre otras, SSTs de 9 de junio de 1998 y 24 de septiembre de 1999).

No obstante, como ponen de relieve BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («24 de septiembre de 1999...», pp. 203 y 204) y MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Responsabilidad...», p. 1642), algunas mantienen a la vez el criterio de la culpa (SSTs de 1 de julio de 1997, 26 de febrero y 28 de diciembre de 1998). La cuestión, por tanto, no parece estar resuelta, pese a que MARÍN LÓPEZ (*op. cit.*, p. 475) hable de una «línea jurisprudencial, por fortuna consolidada». Para una visión de esta evolución jurisprudencial, ver GÓMEZ CALLE («El fundamento...», pp. 1755-1762).

³⁰⁷ . Pese a que BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («1 de julio de 1997...», p. 1219) y GÓMEZ CALLE («El fundamento...», p. 1755) consideran que esta responsabilidad no sólo es predicable de los centros sanitarios (o sus titulares), sino también de los profesionales sanitarios que prestan tal servicio, parece ser mayoritaria la opinión contraria, aquí señalada: ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 32 nota 49); DE ÁNGEL YAGÜEZ (*Responsabilidad civil...*, p. 254; «Artículo 1902...», p. 519); ASÚA GONZÁLEZ (*op. cit.*, p. 1027); BAÑEGUIL ESPINOSA y SALVADOR CRESPO (*op. cit.*, pp. 152 y 157); MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Responsabilidad...», p. 1642; «Sentencia...», pp. 1107-1108) y PARRA LUCÁN («La responsabilidad...», p. 1250).

El motivo de esta restricción puede encontrarse en la distinción que lleva a cabo YZQUIERDO TOLSADA («Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998», *CCJC*, 1999, (mg. 1354), pp. 540-541) cuando señala que una cosa son los actos médicos en sí, sometidos a responsabilidad por negligencia profesional y otra cosa son los servicios sanitarios, que son los que quedan sometidos a la LGCDU. Tal distinción es, no obstante, difícil de realizar. Otro argumento es el que apuntan CABANILLAS SÁNCHEZ (*Las obligaciones...*, p. 170) y SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p. 263), que ponen de relieve la incoherencia de aplicar una responsabilidad objetiva respecto de una obligación de medios como es la que pesa sobre el profesional sanitario (aunque lo cierto es que tal objeción serviría igualmente como argumento en contra de la responsabilidad objetiva).

- Por un lado, como veremos, el daño que se ha de acreditar ha de ser alguno respecto del cual se pueda establecer una relación de causalidad con el servicio prestado, pues ambos elementos son requisitos necesarios dentro de la responsabilidad objetiva. Por ello, no bastará con acreditar la malformación o el defecto del niño (cuya causa no reside en el comportamiento del profesional sanitario), sino que se deberá acreditar otro daño cuya causación se pueda atribuir al profesional o al centro y que pueda ser calificado de daño resarrible. Ambos requisitos restringirán, *de facto*, la posible reclamación de responsabilidad.

- Por otro lado, algunos autores exigen también para la declaración de responsabilidad *ex* artículo 28 LGCDU la prueba del defecto del servicio³⁰⁸; esto es, la prueba de que en su prestación no se observaron los niveles objetivos de pureza, eficacia y seguridad que se podían esperar. Por ello, aunque la referencia del artículo 28 remita a un sistema de responsabilidad objetiva, parece que la existencia de un error, un defecto o una anomalía en la prestación del servicio es reclamada en ocasiones como necesaria para afirmar la responsabilidad. Tal interpretación responde, sin duda, a las mismas resistencias a la aplicación de un régimen objetivo al ámbito de la responsabilidad sanitaria que llevaban a la restricción ya vista respecto de los profesionales sanitarios individuales.

Por este motivo, tal «subjetivización» de la responsabilidad objetiva no es aceptada

respecto del centro sanitario, en la medida en que también se califican de obligaciones de medios sus actuaciones). No obstante, el primer autor concluye que en todo caso el artículo 28 LGCDU es derecho positivo.

³⁰⁸ . En concreto, DÍAZ REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ (*El régimen...*, pp. 377, 381-384) señala que la relación entre esta prueba del defecto –o el defecto mismo– y el nexo causal quedaría en más de una ocasión en entredicho si la responsabilidad se basara exclusivamente en la prueba del uso correcto. Por ello, la prueba de los niveles objetivos de pureza, eficacia y seguridad se corresponde con la prueba del defecto o la anomalía («no hay niveles de pureza y eficacia –*a priori*– en las prestaciones de servicios sanitarios; tan sólo patrones de comportamiento con la finalidad de observar –*a posteriori*– en cada supuesto si ha existido o no “defecto” en una actuación sanitaria determinada, con unas particularidades propias. Esto supone, sencillamente, la aplicación de las reglas del artículo 1104 Cc relativas a la valoración de la existencia de negligencia en un supuesto concreto [...]. De ahí que, a pesar de estar en el marco de un supuesto régimen objetivo de responsabilidad basado en el defecto, éste no sea otra cosa que sinónimo de la culpa o negligencia del artículo 1104 Cc»). Este mismo requisito parece ser exigido por MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Responsabilidad...», p. 1642, que, aunque sostienen que no hay necesidad de individualizar culpa alguna, hacen referencia a defectos de organización), PANTALEÓN PRIETO («Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, 1994 (237-238), p. 244 nota 3, cuando menciona que la responsabilidad conforme al artículo 28.1 requiere el funcionamiento «anormal» del servicio) y, en cierto modo, PARRA LUCÁN (*Daños...*, pp. 385 y 386, que, si bien afirma que es suficiente con la prueba de que el daño fue causado por el uso o consumo correcto, introduce posteriormente el requisito de la prueba del defecto a fin de acreditar la corrección en el uso y consumo del bien, y en relación con los requisitos de pureza, eficacia o seguridad –pp. 391 y 393–, por lo que parece que el concepto de defecto acaba siendo inherente al artículo 28 LGCDU, p. 426).

unánimemente³⁰⁹, aunque sí es cierto que plantea al menos la duda de que se acepte la imputación de la responsabilidad pese al correcto funcionamiento del servicio.

- Finalmente, cuando la falta de advertencia a los progenitores sea debida a la ausencia de conocimientos científicos o técnicos suficientes, hay que plantearse si existe o no deber de responder. Con ello, en definitiva, se trata de contestar a la cuestión de si existe responsabilidad en el marco del artículo 28 LGCDU en el caso de los «riesgos del desarrollo» y de los límites de la ciencia médica en general.

A este respecto, hay que señalar que estos «riesgos del desarrollo» no fueron mencionados de forma expresa por la LGCDU³¹⁰. Pese a este silencio, son varios los autores que afirman la exoneración de responsabilidad en este ámbito por los riesgos del desarrollo, sobre la base de que la garantía de una responsabilidad objetiva para el consumidor pierde su sentido allí donde el daño es producido por una causa que no podía haber sido prevista y controlada por el titular del servicio. Se trata, pues, de un riesgo que asume en general el consumidor y no el prestador del servicio³¹¹.

Aunque esta opinión no es unánime³¹², ese límite al régimen de responsabilidad objetiva nos parece correcto, especialmente en el ámbito sanitario, donde resulta generalmente

³⁰⁹. ASÚA GONZÁLEZ (*op. cit.*, pp. 1021-1022) se plantea qué sentido tiene reintroducir el concepto de culpa a través de la referencia a los *niveles exigibles de pureza, eficacia y seguridad*. Dando un paso más, BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*Comentarios...*, p. 689) y GÓMEZ CALLE («El fundamento...», p. 1754; «Sentencia...», pp. 1189-1190) establecen para la imputación de la responsabilidad que basta con la prueba del defecto, si bien únicamente se refieren al ámbito del artículo 25 (que no se refiere expresamente a la existencia de una garantía de pureza, eficacia y seguridad, como hace el artículo 28).

Con mayor claridad, DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Artículo 1902...», p. 595) señala que sólo se ha de probar el daño y que es consecuencia del servicio y MÚRTULA LAFUENTE (*op. cit.*, p. 1724) exige únicamente para tal imputación la prueba de la conexión «entre los resultados anómalos derivados de la prestación del servicio sanitario [...] y el daño efectivamente sufrido» [*rectius*: entre la prestación del servicio sanitario y el daño efectivamente producido, pues si no, se refiere dos veces a lo mismo].

³¹⁰. A diferencia de ella, la Ley 22/1994, de 6 de julio de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos sí prevé ciertas disposiciones al respecto. Como señala PARRA LUCÁN («La responsabilidad...», pp. 1231-1235), la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, cuya trasposición acometió la ley española, remitió a cada uno de los Estados miembros la decisión respecto de los riesgos del desarrollo (ya que no fue posible alcanzar una solución que contentara a todos). A partir de ahí, la Ley 22/1994 establece la exoneración de responsabilidad por los riesgos del desarrollo (artículo 6.1), excepto para los medicamentos, alimentos o productos alimentarios (artículo 6.3).

³¹¹. Entre ellos, destacan especialmente, BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*Comentarios...*, pp. 718-719), DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ (*El régimen...*, pp. 384-385 nota 590 y 401) y MÚRTULA LAFUENTE (*op. cit.*, p. 1724). La idea de la asunción del riesgo por el paciente la afirma, en concreto, el primero de los autores señalados: «sólo es razonable en principio esperar la seguridad que deriva de los conocimientos existentes en cada momento». El autor añade en concreto en el ámbito de los servicios sanitarios que se ha de aceptar que no se puede responder en todo caso de la curación del paciente y que se responde de los daños evitables, contrarios a los niveles de eficacia y seguridad correspondientes al estado del conocimiento sanitario existente en cada momento (p. 723).

conocida la existencia de límites al saber científico (lo cual impide considerar las obligaciones de los profesionales sanitarios como obligaciones de resultado). El paciente se enfrenta a la atención sanitaria con la conciencia de que la ciencia médica no es omnisciente; asume, pues, en cierto modo, los riesgos del desarrollo y los límites a los conocimientos científicos. Dado que tal reparto implícito de riesgos es adecuado a la propia idiosincrasia de la actividad médica y de las relaciones médico-paciente, no resulta adecuado imputar en estos casos la responsabilidad al profesional sanitario, extendiendo con ello la garantía frente al paciente a unos extremos que el servicio realmente no puede asegurar.

Por otro lado, se puede afirmar que el fin de protección de la norma que garantiza la responsabilidad en estos casos no se dirige a proteger al paciente más allá de los límites de la ciencia, sino únicamente frente a la prestación de servicios que no guarden ciertos niveles de pureza, eficacia y seguridad. Cuando este servicio cumple con los criterios esperables, no se ve motivo para responsabilizar al profesional de los daños producidos.

5. Por estos motivos, parece que lo adecuado en estos casos no es afirmar la responsabilidad de los profesionales sanitarios frente a todo falso negativo, sino únicamente frente a aquéllos que no vengan motivados por las carencias del propio saber científico, es decir, aquéllos que no sean debidos a los riesgos del desarrollo o al propio estado de la ciencia y de la técnica.

Esto implica una cierta ampliación de la responsabilidad respecto de los casos de responsabilidad por negligencia, pues supone el deber de responder también en los casos en que no existe un perfecto ajuste entre el parámetro de la *lex artis ad hoc* y el límite de los conocimientos científicos y técnicos³¹³. Tal es el sentido en que resulta adecuado interpretar la responsabilidad objetiva establecida por el artículo 28 LGCDU.

4.2. La responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* en el marco de la responsabilidad objetiva de la Administración

1. La respuesta en el ámbito de la responsabilidad administrativa a la cuestión ini-

³¹² . PARRA LUCÁN (*Daños...*, pp. 397-399) y PLAZA PENADÉS (*op. cit.*, pp. 25, 160), entre otros.

³¹³ . La diferencia del parámetro entre la *lex artis* y la *lex artis ad hoc* anteriormente señalada, se deduce de las siguientes palabras de ROMEO CASABONA (*El médico...*, p. 70): «la no sujeción a la *lex artis* no implica necesariamente la inobservancia del cuidado objetivamente debido. Pues estas reglas del arte son aplicables, en principio, sólo a situaciones conocidas y estudiadas en la ciencia médica y no a supuestos inesperados, desconocidos o nuevos. Para estos casos habrá que tener en cuenta lo que haría un colega prudente e inteligente».

cialmente formulada en este apartado es muy similar a la que se acaba de establecer en relación con la LGCDU, especialmente por el hecho de que la LRJPAC ha admitido expresamente la exoneración de responsabilidad por los riesgos del desarrollo en su artículo 141.1. De todas formas, la paridad no es completa, como veremos a continuación, pues se diferencia en cuestiones de matiz, así como, especialmente, en relación a la situación de los profesionales sanitarios integrados en la sanidad pública.

2. El punto de partida en este ámbito es la regulación en los artículos 139 y siguientes LRJPAC de un sistema de responsabilidad objetiva conforme al cual la imputación de responsabilidad requiere únicamente que el evento dañoso se haya producido en general en el desarrollo normal o anormal de un servicio público —en este caso, el sanitario—, o bien por parte de un sujeto integrado en la organización administrativa; la conducta negligente no es, pues, relevante³¹⁴.

Al igual que ya se ha indicado respecto del sistema de responsabilidad establecido en el artículo 28 LGCDU, se critica en general de este sistema su contrariedad a la interpretación tradicional de la responsabilidad médica establecida en nuestro Ordenamiento por doctrina y jurisprudencia³¹⁵.

3. No se duda en este caso la posible aplicación de este sistema al supuesto de hecho de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Afirmado, como se vio, tanto el carácter de servicio público del servicio sanitario, como —en cada caso concreto— la pertenencia a la organización sanitaria del autor del daño (si es identificable), el supuesto del que aquí se

³¹⁴ . Afirma en general a este respecto MARTÍN REBOLLO («Estado de la cuestión...», pp. 13 y 44; «Responsabilidad...», *EJB*, p. 5927) que el carácter objetivo significa que se prescinde de la idea de la culpa, «por lo que no es preciso demostrar su existencia, sino únicamente la realidad de una lesión imputable causalmente a la Administración de que se trate».

Trasladado esto al ámbito médico, HURTADO MARTÍNEZ (*op. cit.*, p. 802) destaca que el error médico no es un elemento necesario de la responsabilidad de la Administración: «tan cierto es que un error médico puede quedar sin producir la consiguiente indemnización como que una indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración puede surgir y abonarse sin que antes haya existido un error médico en sentido propio». De hecho, como señala GÓMEZ CALLE («El fundamento...», pp. 1723-1728), en ocasiones se ha llegado a admitir responsabilidad en circunstancias en las que el profesional actuó conforme a la *lex artis*, como es el caso de la famosa STS [3ª] de 14 de junio de 1991. Esta sentencia ha sido objeto de muchos comentarios y críticas, entre los que destacan los de PANTALEÓN PRIETO en diversas obras («Los anteojos...», pp. 240 y siguientes; *Responsabilidad médica...*, pp. 67-73; «Cómo repensar...», pp. 459-461).

³¹⁵ . MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Responsabilidad...», p. 1642 y nota final 16), de hecho, parecen estimar que resulta un problema la objetividad de la responsabilidad administrativa, pues engarza dificultosamente con la idea de una responsabilidad por culpa en el seno de una obligación de medios. Concretamente, el problema radica en que en estos casos el juicio de causalidad suele realizarse de forma precipitada, motivo por el cual se ha de acudir posteriormente a limitaciones o exclusiones a través del uso de otros mecanismos (hecho de tercero, fuerza mayor...).

parte pasa a quedar integrado en el sistema objetivo de imputación de responsabilidad.

No obstante, la idea de un sistema de responsabilidad objetiva no ha de entenderse en nuestro caso como una atribución a la Administración del deber de responder por el hecho de que en el seno de la sanidad pública se produzca el nacimiento de un niño afectado de defectos o malformaciones. Al margen de la exoneración de responsabilidad por fuerza mayor recogida en el artículo 139 LRJPAC, como límite a la responsabilidad de la Administración —que impide la imputación de la responsabilidad por eventos ajenos al servicio público³¹⁶—, se requiere en este ámbito, desde el punto de vista de la relación de causalidad, que el daño procediera de un riesgo inherente al servicio, creado por éste y exclusivo de él³¹⁷. Por ello, la primera conclusión que se debe extraer en nuestro caso es que no se puede hacer responder a la Administración del hecho de las malformaciones o enfermedades que afectan al niño, en tanto que éstas son producto de la naturaleza o de la actuación de un tercero, no del funcionamiento del servicio público ni de la conducta de los profesionales sanitarios que llevan a cabo el diagnóstico preconcepcivo o prenatal. Consiguientemente, la responsabilidad de la Administración se deberá plantear respecto de la conducta que no detectó el mal o defecto y respecto de los daños que tal conducta origine.

4. Sobre este punto de partida, parece que la regulación de los artículos 139 y siguientes LRJPAC excluyen el requisito de la culpa en el comportamiento del profesional sanitario como criterio para imputar la responsabilidad a la Administración. Tal impresión general, sin embargo, ha de ser puesta en duda desde dos perspectivas:

5. Por lo que respecta a los profesionales sanitarios que desarrollan su actividad en el marco de la sanidad pública, pese a que en ocasiones se ha afirmado su falta de sometimiento

³¹⁶ . La tendencia en materia de interpretación de la fuerza mayor en el ámbito administrativo es restrictiva, como señala COSCULLUELA MONTANER (*op. cit.*, p. 557), que define la fuerza mayor como la causa imprevisible e irresistible, ajena a la conducta racional y previsora de toda persona u organización en relación a las actividades de su cargo. También MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA (*op. cit.*, p. 981) hace referencia a la fuerza mayor sobre la idea de la previsibilidad.

En cambio, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (*op. cit.*, p. 401), así como PARADA VÁZQUEZ (*op. cit.*, p. 651), inciden en la externidad respecto del «objeto dañoso y a sus riesgos propios». Con ello se sitúa el juego de este evento exonerador en su función correcta en el ámbito de un sistema de responsabilidad que prescinde de la culpa para imputar la responsabilidad. La fuerza mayor no se define por la diligencia o negligencia de la Administración, sino por el parámetro relacionado con el riesgo de la actividad desarrollada, propio de la responsabilidad objetiva.

³¹⁷ . FERNÁNDEZ COSTALES («Responsabilidad médica...», p. 129). De hecho, recuerda PÉREZ-TENESSA (*op. cit.*, p. 57) que el daño ha de ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público. Con ello se busca limitar de algún modo el amplísimo campo en que se afirma la responsabilidad administrativa.

miento a la *lex artis*³¹⁸, tal afirmación ha de ser negada. Aunque la responsabilidad de estos sujetos no se manifieste directamente frente al paciente (que, como ya se dijo, ha de dirigir su reclamación frente a la Administración, según el artículo 145.1 LRJPAC), toda actividad sanitaria ha de ceñirse a este parámetro de conducta, en la medida en que es aquél a través del cual se determina precisamente en qué consiste tal actividad³¹⁹.

Por otra parte, la acción de regreso –a través de la cual la Administración reclama del causante del daño la indemnización sufragada a la víctima– se prevé por el artículo 145.2 LRJPAC para el caso de dolo, negligencia o culpa grave en el comportamiento del agente productor del daño. Esto supone la exoneración del profesional cuando desarrolle un comportamiento diligente, pero el deber de responder (aunque sea en vía de regreso) cuando desarrolle alguna de las conductas anteriormente analizadas en relación con las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Por tanto, en este punto, la responsabilidad de los profesionales integrados en la sanidad pública se produce prácticamente en los mismos casos que en el ámbito de la responsabilidad médica extracontractual.

6. Por lo que respecta a la responsabilidad de la propia Administración, hay que destacar la existencia de diversas voces que critican la atribución de la responsabilidad a la Administración en todo caso. Tal crítica se realiza a través de diversos frentes.

- En primer lugar, existe una corriente –que algunos enmarcan en el seno de una crisis de la responsabilidad objetiva³²⁰– que aconseja limitar la responsabilidad por funcionamiento «normal» a los supuestos de causación de daños connaturales a la actividad administrativa que el perjudicado no tenga deber de soportar. De esta forma, la responsabilidad por «accidentes» se limita a los supuestos de funcionamiento «anormal» (falta de funcio-

³¹⁸. En este sentido, ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 52) considera que, tras la reforma de la LRJPAC efectuada por la ley 4/1999, de 13 de enero, que establece en sus artículos 145.2 y 146 la legitimación pasiva exclusiva de la propia Administración, excluyendo con ello –como ya se vio– la posible reclamación de responsabilidad directa por parte de las víctimas de los daños, la *lex artis* ya no es exigible según la medida de la *culpa levissima*, ni aun en la medida de la diligencia del buen padre de familia o la *diligentia quam in suis*. Se lamenta el autor por tal exclusión y manifiesta su deseo de que la *lex artis* fuera un parámetro de conducta para todos los profesionales sanitarios, que deberían quedar obligados a seguir sus dictados.

Por otra parte, HURTADO MARTÍNEZ se plantea cómo casa la *lex artis* en el seno de una responsabilidad objetiva, cuando se trata de un parámetro de diligencia o negligencia. Sin embargo, no resuelve el interrogante, sino que hace mención de diferentes supuestos en los que se ha atendido a tal criterio en el ámbito de la Administración (*op. cit.*, pp. 810-812).

³¹⁹. En este sentido, FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 423) señala el sometimiento a la *lex artis* en el seno de la sanidad pública. PÉREZ-TENESSA (*op. cit.*, pp. 58 y 61) admite igualmente la aplicación de la *lex artis ad hoc* al ámbito administrativo, si bien conecta esta aplicación a la relación de causalidad y a la imputación objetiva (con el deber del médico y con el tipo de prestación que se desarrollaba).

namiento del servicio, funcionamiento defectuoso o tardío³²¹), esto es, funcionamiento culposo o negligente³²². Destacan en concreto las opiniones de dos autores: el administrativista MARTÍN REBOLLO y el civilista PANTALEÓN PRIETO, a las que se han unido otros³²³.

El primer autor establece su preferencia por el sistema de la responsabilidad por funcionamiento anormal como instrumento de control más eficiente de la actividad administrativa³²⁴. Frente a éste, la referencia a un sistema de responsabilidad por funcionamiento normal remite a principios más propios del estado asistencial, que poco tienen que ver con la responsabilidad civil y que se deberían separar de ésta³²⁵. Por ello, el aplicador del dere-

³²⁰ . SALVADOR CODERCH, GÓMEZ LIGÜERRE, RUIZ GARCÍA, RUBÍ PUIG y PIÑEIRO SALGUERO (*op. cit.*, 12).

³²¹ . MARTÍN REBOLLO («Estado de la cuestión...», pp. 55-61; «Imputación...», *EJB*», p. 3463) y PARADA VÁZQUEZ (*op. cit.*, p. 644).

³²² . De hecho, son varios los autores que se refieren a un concepto de anormalidad por comparación con un parámetro o estándar de rendimiento medio del servicio (fundamentalmente, BUSTO LAGO, «La responsabilidad...», pp. 1456-1457 o MARTÍN REBOLLO, «Estado de la cuestión...», pp. 29, 30, 31, 56, 58 y 59; «Imputación...», *EJB*», p. 3463; «Responsabilidad...», *EJB*», p. 5931; «Nota...», pp. 19 y 21). Con ello, la responsabilidad por el funcionamiento «anormal» de los servicios remite a una idea de apartamiento respecto del parámetro prefijado, una idea de fallo o error. Por este motivo, la atribución de responsabilidad a la Administración por un funcionamiento defectuoso o anormal de los perjuicios, si bien no exige la constatación de una conducta negligente en el autor del daño, remite a la idea de culpa (así lo identifican, por todos, BUSTO LAGO, «La responsabilidad civil...», pp. 1456-1458 y FERNÁNDEZ COSTALES, «Responsabilidad médica...», p. 128).

Por tanto, por lo que respecta a este caso, la proclamación de este sistema como de responsabilidad objetiva limita su utilidad, por así decirlo, a la facilitación de la prueba o de la obtención de la indemnización para la víctima (así lo señala MÚRTULA LAFUENTE, *op. cit.*, p. 1721 y PLAZA PENADÉS, *op. cit.*, p. 81).

³²³ . Entre ellos han de destacarse especialmente los siguientes: Díez-PICAZO (*Daños...*, p. 59, que sostiene que hubiera sido más lógico mantener para el funcionamiento de los servicios públicos el sistema de indemnización por sacrificio, estableciendo en general un sistema de responsabilidad por culpa y limitando la responsabilidad objetiva a la creación de riesgos); GARRIDO FALLA (*op. cit.*, pp. 175, 182, 183, 185, que propone reducir la responsabilidad por «funcionamiento normal» a los supuestos de riesgo creado y de actuaciones administrativas que causan perjuicios singulares, proponiendo sustituir la expresión del artículo 139 LRJPAC por la de «responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos»: pp. 187 y 188) y PARADA VÁZQUEZ (*op. cit.*, pp. 639-641, que critica la interpretación ampliadora de la jurisprudencia, señalando que ésta «ha ido muy lejos» y parece limitar la responsabilidad por funcionamiento normal y reducir la responsabilidad por accidentes a los supuestos de funcionamiento anormal de los servicios públicos, supuesto en el que «dicha responsabilidad se regiría por las mismas reglas que los particulares»: pp. 646-647).

³²⁴ . Señala en concreto el autor: «No soy partidario [...] de la exoneración generalizada de la Administración. Antes al contrario, soy favorable al principio de responsabilidad como elemento garantizador y coadyuvante al buen funcionamiento de los servicios públicos y como instrumento sancionador de una Administración incumplidora de sus propias normas. Pero, dicho esto, tampoco soy partidario de un principio de responsabilidad universal e ilimitado. Tiene que haber límites. Y es mejor que estos límites estén, si no definidos del todo, sí predefinidos por las normas. Sobre todo en el caso del funcionamiento anormal que es, a mi juicio, el supuesto prioritario» («Estado de la cuestión...», p. 61). Sólo a través de un sistema de responsabilidad por funcionamiento anormal se logra un mayor control de la eficacia del servicio público, a cuyo buen funcionamiento tiende la Constitución. En este sentido, dice el autor que «a lo mejor, en fin, es preciso [...] incidir en el criterio de la culpa, aunque sea anónima, como elemento determinante. Quizá ello facilitaría la fijación de principios y estándares legales mínimos sobre muchos servicios» («Estado de la cuestión...», p. 32, criterio de la culpa al que también se refiere en «Nota...», pp. 19, 20 y 22).

³²⁵ . En diversas obras recoge el autor citado la siguiente idea: «[el funcionamiento normal] obedecería a otras pautas más cercanas a la asistencia social y que, por consiguiente, tendría en los límites del Estado social su propia limitación económica y legal, y que sólo por un ambiguo y quizá no suficientemente debatido conven-

cho debería constatar primero si existe o no un funcionamiento anormal y sólo en ausencia de éste, comprobar la responsabilidad por funcionamiento normal, restringida a la idea de expropiación o sacrificio especial³²⁶.

Por lo que respecta a PANTALEÓN PRIETO, critica la atribución de una responsabilidad objetiva a la Administración, dado que la actividad de ésta no se caracteriza por un riesgo especial (criterio que generalmente es el que justifica tal criterio de imputación de responsabilidad)³²⁷. Critica también la falta de base jurídico-dogmática para proclamar que todo daño que el perjudicado no tenga deber de soportar sea indemnizado por quien lo cause³²⁸. Por ello, afirma que la responsabilidad imputada al margen de la culpa –el funcionamiento normal– debería reducirse a los daños cuasiexpropiatorios o de sacrificio, es decir, los que son producto indeseado pero consecuencia inmediata o directa de actuaciones administrativas lícitas, de las que los daños aparecen como secuela connatural. En cambio, los daños que provengan de accidentes sólo se deberán imputar a la Administración cuando provengan de su funcionamiento anormal, o cuando así lo disponga una ley especial, pues

cionalismo cabría ubicar en el concreto tema de la responsabilidad», («Estado de la cuestión...», pp. 30-31, 56; «Nota...», pp. 19 y 21).

Critica concretamente la aplicación estricta de tal criterio de imputación, pues conlleva resultados que pueden hacer peligrar el Presupuesto público («Estado de la cuestión...», p. 43). Por ello considera el autor que «probablemente es preferible adpotar un criterio asistencial que ampliar en vía de responsabilidad la cobertura de todas las secuelas, porque a la larga ello conduciría a limitar la prioritaria asistencia sanitaria». La falta de límites en la responsabilidad puede llevar a convertir la responsabilidad pública en planteamientos cercanos a la asistencia social universal («Responsabilidad...», *EJB*, p. 5932). En esta misma línea de crítica, YZQUIERDO TOLSADA («La responsabilidad...», p. 239; *Sistema...*, pp. 281-284).

³²⁶. MARTÍN REBOLLO («Ayer y hoy...», pp. 312-314).

³²⁷. En concreto, señala el autor que generalmente el criterio de la responsabilidad objetiva se aplica a actividades que, aun con la adopción de todas las posibles medidas de precaución, son extraordinariamente peligrosas, motivo por el cual, ante la aceptación social de las mismas y su utilidad, se opta por atribuir a aquél que obtiene un lucro por su realización la responsabilidad por los daños que produzcan (*Responsabilidad médica...*, pp. 73-75; «Cómo repensar...», pp. 449-450). Este criterio, sin embargo, no se constata en la actuación administrativa, por lo que es incomprensible la atribución a la misma de un régimen de responsabilidad objetiva («Cómo repensar...», p. 453).

A partir de ahí, critica el autor este sistema de responsabilidad al que califica como «un despropósito jurídico y social de primer orden» (p. 455), cuya admisión produce ciertas incoherencias («Cómo repensar...», pp. 457-458): «¿Por qué un niño que nace sin piernas o ciego no merece ser indemnizado con dinero público y sí uno que pierde las piernas o queda ciego como consecuencia del funcionamiento cuidadoso de un servicio público prestado gratuitamente en su beneficio [...]? Es intolerable, desde los más elementales criterios de justicia distributiva, un sistema de seguridad social que no incluye en su cobertura a los nacidos incapacitados y las víctimas de los accidentes fortuitos no conectados al funcionamiento de los servicios públicos, a la vez que cubre daños fortuitos a las cosas que sean consecuencia de tal funcionamiento».

³²⁸. «Los anteojos...», p. 245; *Responsabilidad médica...*, pp. 75-79.

de lo contrario, se transformaría este sistema en uno de Seguridad Social³²⁹.

Sin embargo, tal corriente encuentra también sus detractores, que proclaman la objetividad de la responsabilidad administrativa y pretenden la restricción de su enorme amplitud a través de otros criterios, como la apreciación estricta de la relación de causalidad o el concepto de «lesión», como daño que el administrado no tiene deber de soportar³³⁰.

- Al mismo tiempo, entre la jurisprudencia, se constata en general una resistencia a imputar la responsabilidad administrativa en el supuesto de no constatarse un funcionamiento anormal del servicio público³³¹. La negación de la responsabilidad se efectúa entonces bien a través del concepto de lesión, bien a través de la relación de causalidad³³², o bien, directamente por la constatación de una actuación diligente³³³.

7. Sin embargo, aunque cierta limitación puede ser aconsejable, no parece que se pueda ignorar el propio tenor literal del artículo 106 CE y del 139 LRJPAC, que afirman un sistema de responsabilidad objetiva a partir del cual es posible que la Administración responda sin culpa, dentro —esto sí— de los límites propios de la responsabilidad en general (relación de causalidad, fuerza mayor, constatación de daño resarcible) y dentro de los con-

³²⁹ . «Los anteojos... », p. 247-250; *Responsabilidad médica...*, pp. 81-87; «Cómo repensar... », p. 457. De no ser así, el sistema no pasaría de ser «un mecanismo de distribución “perversa” de la renta» («Los anteojos... », p. 251; *Responsabilidad médica...*, p. 88).

³³⁰ . Un resumen de estas tendencias lo realiza ASÚA GONZÁLEZ (*op. cit.*, pp. 994-1001 y 1019-1020). Como autores que critican estos intentos de subjetivación de la responsabilidad administrativa cabe destacar: BUSTO LAGO («La responsabilidad civil...», pp. 1456-1461); COSCULLUELA MONTANER (*op. cit.*, p. 552); GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (*op. cit.*, pp. 375-379) y MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, p. 151-153).

³³¹ . En este sentido, señala HURTADO MARTÍNEZ (*op. cit.*, p. 801): «ha existido siempre una clara resistencia de la actuación jurisprudencial a admitir las pretensiones indemnizatorias basadas en el funcionamiento normal de los servicios públicos [...]. Se ha dicho que lo esencial en los supuestos de funcionamiento normal del servicio es que el daño producido no deba ser soportado por el particular». El propio autor, aunque no pronuncia su opinión expresamente, sí declara que «el mayor grado de incertidumbre de toda la construcción, *a priori*, se debe a la previsión normativa de que el normal funcionamiento de los servicios públicos pueda dar lugar a una responsabilidad patrimonial de la Administración» (p. 803).

³³² . GARRIDO FALLA (*op. cit.*, pp. 181-183) e YZQUIERDO TOLSADA («La responsabilidad...», p. 236) ponen de relieve esta tendencia jurisprudencial de acudir al estudio del caso concreto y de los requisitos de la responsabilidad como medio para rechazar los supuestos de daños cuando no hay un funcionamiento anormal. Tal tendencia es interpretada por SALVADOR CODERCH y RUIZ GARCÍA («Negligencia, causalidad y responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas. Nota a las SSTs, 3ª, 24-7-2001 (La Ley 5391 y 5392)», *www.indret.com*, 01/2002, pp. 2 y 6-7), como una forma de enmascarar una resistencia a promulgar la responsabilidad sin culpa (resistencia que ellos critican, puesto que no hay duda de que puede existir relación de causalidad sin negligencia: p. 4).

³³³ . Este último es el caso que se planteó en relación a la STS de 4 de febrero de 1999. Como ponen de relieve tanto DE ÁNGEL YAGÜEZ (*Responsabilidad civil...*, p. 179; «La segunda...», pp. 146-147), como BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («4 de febrero de 1999», pp. 857-858), la constatación de un comportamiento de la doctora interviniente acorde a *lex artis* propia de los embarazos sin riesgo fue suficiente para exonerar a la Administración de la responsabilidad. El hecho de que el servicio prestado no fuera defectuoso llevó a la negación de la responsabilidad, pese a que el criterio de imputación de responsabilidad prescindía de tal requisito.

dicionamientos económicos a los que se hacía anteriormente referencia en materia de *lex artis ad hoc* (condicionamientos que actúan en este marco de la responsabilidad objetiva como daños que el administrado está obligado a soportar y respecto de los cuales no puede reclamar indemnización).

Las tendencias de limitación de esta responsabilidad, sin embargo, resultan interesantes en tanto que ponen en duda el principio inicialmente indubitado de la responsabilidad de la Administración en todo caso. Sea a través de la distinción entre el funcionamiento normal y el funcionamiento anormal, sea a través del concepto de «lesión», o sea a través de la relación de causalidad, habrá que negar que deba responder la Administración frente a cualquier daño acaecido en el seno de los servicios públicos.

8. De todas formas, en el ámbito concreto de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* no es imprescindible acudir a estos criterios interpretativos limitadores para reducir a límites tolerables la responsabilidad administrativa. De hecho, la proclamación de responsabilidad de la Administración al margen de la culpa no supone, en realidad, la aplicación de un criterio muy distinto al que se ha visto en general en la primera parte de este capítulo.

Como se ha avanzado, esto es debido a la exoneración de responsabilidad administrativa prevista por el artículo 141.1 LRJPAC, introducido por la reforma efectuada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de «los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos»³³⁴, esto es, los llamados «riesgos del desarrollo» propiamente dichos, así como cualquier daño producido por el desconocimiento derivado del estado de la ciencia.

Conforme a tal previsión, cuya constitucionalidad es dudada por algunos —pues se pone en duda si con ella se introduce un criterio de exoneración por fuerza mayor o por

³³⁴ . El fin que perseguía la reforma según la doctrina (BUSTO LAGO, «La responsabilidad...», p. 1466; PANTALEÓN PRIETO, «Cómo repensar...», p. 464 e YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil...*, p. 237) era evitar las consecuencias que hubiera conllevado la aceptación de responsabilidad por daños causados por agentes lesivos desconocidos en la época en que se produjeron, a la vista de los numerosos casos de contagio de SIDA por transfusiones de sangre infectada.

Pese a este intento, MÚRTULA LAFUENTE considera que no se logra este fin de protección, pues, de acuerdo con la idea de producción del daño que toma de base el artículo 141.1 LRJPAC y la falta de cuidado necesario de la Administración, los casos de contagios por transfusiones producidos en el periodo entre el descubrimiento de las fuentes de contagio de la enfermedad (1983) y la obligatoriedad de las pruebas de control (1987) podrían no quedar excluidos de la responsabilidad (*op. cit.*, p. 1723).

caso fortuito³³⁵—, la Administración no responde por la falta de detección de todo mal o defecto en caso de actuación diligente de los profesionales sanitarios, sino sólo por la falta de detección de aquéllos que pudieran haber sido diagnosticados de acuerdo con el parámetro universal del estado de los conocimientos científicos o técnicos³³⁶.

Esta restricción conlleva el mismo resultado que se extraería de aplicar una responsabilidad por culpa, en la medida en que coincidan el parámetro de la *lex artis ad hoc* con el

³³⁵ . Dado que el artículo 106 CE prevé la exoneración de responsabilidad de la Administración únicamente por fuerza mayor, la interpretación de lo regulado por el artículo 141.1 LRJPAC como un supuesto de caso fortuito sería inconstitucional (tal opinión la manifiestan, BUSTO LAGO, «La responsabilidad...», pp. 1469-1470; FERNÁNDEZ COSTALES, «Responsabilidad médica...», p. 131 y MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 485).

Conforme a la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero, el artículo 141.1 LRJPAC únicamente trataba de matizar los supuestos de fuerza mayor recogidos en el artículo 139.1 que no dan lugar a indemnización. De hecho, según REGLERO CAMPOS («El nexo...», pp. 353-354) y SALVADOR CODERCH, SOLÉ FELIU, SEUBA TORREBLANCA, RUIZ GARCÍA, CARRASCO MARTÍN y LUNA YERGA (*op. cit.*, p. 8), el Tribunal Supremo (salas 3ª y 4ª) ha optado por esta interpretación, caracterización que parece apoyada por diversos autores (MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, *op. cit.*, p. 1008; BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «24 de septiembre de 1999...», p. 205; PARADA VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 651; PLAZA PENADÉS, *op. cit.*, pp. 156-164 o YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad...*, p. 237; *Sistema...*, p. 283).

Frente a ellos, otros autores consideran que los daños producidos por los riesgos del desarrollo pertenecen al ámbito del caso fortuito, fundamentalmente sobre la idea de que los riesgos del desarrollo se corresponden con eventos internos del servicio público, no externos a su ámbito de control. Entre ellos destacan ASÚA GONZÁLEZ (*op. cit.*, pp. 1001 y 1018); BUSTO LAGO («La responsabilidad...», pp. 1464-1473); MÚRTULA LAFUENTE (*op. cit.*, pp. 1721-1723); SALVADOR CODERCH y SOLÉ FELIU (*op. cit.*, pp. 42-43); SALVADOR CODERCH, SOLÉ FELIU, SEUBA TORREBLANCA, RUIZ GARCÍA, CARRASCO MARTÍN y LUNA YERGA (*op. cit.*, p. 8). La interinidad es discutida, no obstante, por PLAZA PENADÉS, que señala que el daño no proviene del funcionamiento del servicio público, sino de la enfermedad o riesgo no conocido, por lo que no se puede considerar como integrado en la actividad o en la esfera de control (pp. 159-160).

Al margen de este debate, Díez-PICAZO (*Daños...*, p. 62) indica que este precepto introduce factores que pertenecen al terreno de la culpabilidad (como son la posibilidad de previsión y de evitación) y GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (*op. cit.*, p. 380) consideran que la justificación de esta exoneración de la responsabilidad se encuentra en la ausencia de antijuridicidad en estos casos («no puede predicarse, naturalmente de aquéllos cuyo origen se desconoce o son inatajables de acuerdo con el estado de los conocimientos en el momento en que se producen y deben por ello ser soportados»).

³³⁶ . Lo que sí se prevé para estos casos (frente a las críticas, por ejemplo, de SALVADOR CODERCH y SOLÉ FELIU, que no están de acuerdo con este papel del Estado de benefactor o auxiliador; *op. cit.*, p. 15) es la posibilidad de que el legislador establezca en estos casos prestaciones asistenciales o económicas; previsión que, como indica COSCULLUELA MONTANER (*op. cit.*, p. 557), encontraría su justificación en el principio de solidaridad que informa el Estado Social de Derecho. Por tanto, no se trata de indemnizaciones derivadas de responsabilidad, sino propias de la Seguridad Social.

Un ejemplo lo constituye el artículo 2 del Real Decreto-Ley 9/1993, de 28 de mayo, que establece una serie de ayudas públicas para los sujetos portadores del VIH en caso de que adquirieran el virus por contagio a través de transfusión sanguínea, siempre que el contagio se hubiera producido antes del establecimiento de las pruebas obligatorias de detección de la enfermedad. De igual modo, tanto en Alemania (*Gesetz über die humanitäre Hilfe für durch Blutprodukte HIV-infizierte Personen*, de 24 de julio de 1995), como en Francia (Ley 91-1406, de 31 de diciembre de 1991), se prevén subvenciones a este tipo de enfermos cuando el contagio hubiera sido a través de transfusiones.

Este tipo de previsiones, no obstante, puede producir una situación paradójica, como es la de que los niños nacidos con malformaciones que no podían haber sido detectadas reciban tales prestaciones y los nacidos con defectos que sí pudieron haber sido detectados, pero no lo fueron, no reciban subsidio alguno (pues su

estado de la ciencia y de la técnica. Únicamente en aquellos casos en que el parámetro de diligencia se sitúe en el caso concreto por debajo de la obligación abstracta de competencia, derivada de la existencia de estos conocimientos de rango universal, se producirá una responsabilidad administrativa que no se corresponda con una actuación negligente.

9. En todo caso, la proclamación de la responsabilidad administrativa no requerirá la prueba de la culpa o negligencia, por lo que, aunque sea cierto que la mayor parte de los casos de responsabilidad administrativa se corresponderán con supuestos de actuación contraria a la *lex artis ad hoc*, el sistema de responsabilidad objetiva favorece la pretensión de la víctima, al excluir la necesidad de ésta de probar la negligencia³³⁷.

4.3. La responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* en el marco de una relación médica contractual

1. La existencia de una relación contractual entre los progenitores y el profesional sanitario, o –si se admite pese a todos los problemas señalados– entre el niño y el profesional sanitario, introduce una serie de variantes respecto del enunciado general del que partía este capítulo sobre la restricción de la responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* a aquellos casos en los que la falta de detección del mal o defecto del niño se debiera a un comportamiento negligente del profesional sanitario. Si bien el punto de partida en el Código civil en materia de responsabilidad contractual es la responsabilidad por culpa (artículos 1101 y 1104 Cc), tal principio ha sido matizado y reinterpretado por un sector doctrinal³³⁸.

No se trata de dudar de que el profesional sanitario obligado contractualmente a desarrollar su prestación quede sometido al parámetro de diligencia de la *lex artis* –pues tal sometimiento emana de la propia esencia de la profesión médica y se integra en el propio contrato celebrado³³⁹–, sino de afirmar la posibilidad de que, como deudor de la prestación,

caso no entra dentro del artículo 141.1 LRJPAC), ni indemnización (por la dificultad de apreciación de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*).

³³⁷ . Tal diferencia con respecto del sistema general de responsabilidad subjetiva, sin embargo, queda minimizada en la práctica por las tendencias de facilitación de la prueba de la culpa a las que se hizo referencia.

³³⁸ . El Código civil está teñido de tintes culpabilistas y por ello algunos autores no dudan en establecer la culpa o negligencia como elemento imprescindible de la responsabilidad contractual. Como ejemplos de esta doctrina, hay que citar en general a CARRASCO PERERA («Artículo 1101...», p. 382; «Artículo 1104...», pp. 586 y 592) y, en el ámbito de la responsabilidad médica, a FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 76). No obstante, hay que destacar la opinión del primero de los autores citados, que pone de relieve cómo esta polémica tiene escasa utilidad en la práctica.

³³⁹ . Según señalan GIESEN (*International...*, p. 73); GRUBB (*op. cit.*, p. 238) y KENNEDY y GRUBB (*Principles...*, p. 287 y *Medical...*, pp. 272 y 415), el parámetro de conducta no es diferente en el ámbito contractual y

deba asumir riesgos que vayan más allá de su propia pericia. Así, Díez-PICAZO y PANTALEÓN PRIETO sostienen que la culpa no es el único criterio de imputación de responsabilidad; también lo es la producción del daño en el ámbito de control del deudor. Éste, por tanto, queda exonerado sólo en caso de fuerza mayor (o también en caso de que así lo prevea la ley o se haya pactado, según el riesgo que se haya asumido)³⁴⁰.

en el extracontractual: existe un único deber de actuar con cuidado razonable. Por tanto, no se trata de que entre profesional sanitario y paciente se establezca un pacto o acuerdo por el cual el primero quede sometido a los deberes emanados de la *lex artis* (aunque es indudable que ésta forma parte del contenido contractual, como señalan, entre otros, ROMERO COLOMA, *La medicina...*, p. 146), sino que su conducta se ha de someter a este modelo de actuación pues es la que determina el comportamiento diligente.

En este sentido, diversos autores parten de la idea de que la aplicación de la *lex artis* a la actividad sanitaria surge de las propias características de la prestación médica que se ha de desarrollar (por ejemplo, GRUBB, *op. cit.*, p. 273 y KENNEDY y GRUBB, *Principles...*, p. 292). Del mismo modo, entre nuestros autores, opina ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, pp. 165-166) que se trata de deberes derivados de la propia naturaleza de la actividad médica; idea que comparte GONZÁLEZ MORÁN («al médico, las normas esenciales de su profesión, independientemente de que esté vinculado contractualmente con una persona o de que no tenga con ella ninguna relación voluntaria y contractualmente consolidada, le imponen unos comportamientos y unas reglas de conducta», *op. cit.*, p. 57 y nota 45), así como CECCHINI ROSELL (*op. cit.*, p. 184), GÓMEZ CALLE («El fundamento...», p. 1697) o SANTOS BRIZ (*Temas...*, p. 177).

Otros autores, como MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, p. 346), entienden que el sometimiento a la *lex artis* deriva de una obligación legal que surge del oficio desempeñado, de la esencia de la profesión médica (idea que también recoge GIESEN, *International...*, p. 74). Tal obligación, de hecho, ha sido reflejada por los Códigos éticos y deontológicos de las profesiones sanitarias (por ejemplo, el artículo 4.4. del Código de Ética y Deontología Médica de 1990: «el médico nunca perjudicará intencionadamente al enfermo, ni le atenderá de manera negligente; y evitará cualquier demora injustificada en su asistencia»; o el artículo 21: «todos los pacientes tienen derecho a una atención médica de calidad científica y humana. El médico tiene la responsabilidad de prestarla, cualquiera que sea la modalidad de su práctica profesional, comprometiéndose a emplear los recursos de la ciencia médica de manera adecuada a su paciente, según el arte médico del momento y las posibilidades a su alcance»).

³⁴⁰. Comenzando por Díez-PICAZO, parte este autor de que el artículo 1101 Cc permite lecturas no culpabilistas (*Fundamentos II...*, pp. 576-578). Tras analizar el fundamento histórico de la idea de la culpa, y señalar la coexistencia en el Código civil con otros criterios (a modo de estratos superpuestos), trata de superar esta concepción unitaria de la culpa acudiendo para ello a la idea de una distribución entre las partes de los riesgos que el contrato acarrea (pp. 579-581). Reinterpreta para ello el artículo 1105 Cc, estableciendo su concepto como interruptor del nexo causal y evento extraño al control del deudor, como único criterio de exoneración. Los criterios de previsibilidad y evitabilidad parece, pues, que quedan relegados al marco de la responsabilidad extracontractual (pp. 589-590).

Del mismo modo, PANTALEÓN PRIETO («El sistema...», p. 1043) sostiene que la responsabilidad contractual requiere sólo una imputación al deudor: «esto es, que el suceso generador del [daño] haya de ser puesto a cargo del deudor, conforme a la distribución de los riesgos de incumplimiento expresamente pactada o deducible de las reglas contractuales, o a la supletoriamente prevista por el legislador» (ver especialmente pp. 1056-1072). El artículo 1105 Cc lo interpreta en clave de fuerza mayor, es decir, que la responsabilidad contractual no requiere la culpa. Por el contrario, el incumplimiento se ha de interpretar de acuerdo con los límites del artículo 1182, que libera del cumplimiento al deudor, pero no de responsabilidad si se ha causado daño al acreedor que deba ser resarcido (pp. 1021, 1046-1047).

Siguiendo a estos autores, CARRASCO PERERA («Artículo 1105», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Tomo XV, Volumen 1º, EDESA, Madrid 1989, pp. 631 y 636) parte también de que el 1105 describe los supuestos en que el deudor no responde: su función es exonerar de responsabilidad al deudor (p. 650). Igualmente, la objetivación de la responsabilidad contractual se encuentra en BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*Comentarios...*, p. 664) o GÓMEZ CALLE («Voz

2. En primer lugar, con esto se ha de hacer referencia a la posibilidad de pacto entre el profesional sanitario y el paciente, por el cual se establezca de forma expresa la responsabilidad del primero más allá de los límites de la *lex artis ad hoc*³⁴¹.

Esta ampliación por pacto de la responsabilidad subjetiva original del Código civil puede realizarse de diversas formas, algunas de las cuales ya han sido mencionadas anteriormente. Así, puede pactarse la responsabilidad por daños procedentes de caso fortuito (manteniéndose la exoneración por fuerza mayor) e, incluso, por todo daño acaecido con ocasión de la prestación desarrollada (sea debido a fuerza mayor o a la asunción de los riesgos del desarrollo). En el caso concreto de las acciones aquí estudiadas, puede, por ejemplo, ampliarse el parámetro general de conducta, bien prescindiendo de los límites impuestos por los indicadores de riesgo como presupuesto para llevar a cabo la prestación sanitaria, bien a través del pacto de prestaciones no requeridas por la *lex artis*, o bien mediante el pacto expreso de imputación al profesional sanitario de obligaciones de resultado, allí donde sean posibles.

Tales pactos, aunque ciertamente infrecuentes, como destaca SÁNCHEZ GÓMEZ³⁴², son posibles y conllevan una ampliación del ámbito de la responsabilidad del profesional sanitario, que puede verse obligado a responder ante daños cuya producción no sea negligente de acuerdo con un criterio estricto de *lex artis* médica.

3. En segundo lugar, el concreto reparto de riesgos entre las partes, desarrollado a través del contrato, puede justificar que el deudor de la prestación deba asumir el daño que acaezca dentro de su actividad o de su círculo de control, aunque no sea ocasionado por su culpa. De esta forma, la exoneración de responsabilidad únicamente se produciría cuando el daño hubiera sido ocasionado por un evento de fuerza mayor (pues en tal caso el daño es ajeno a la actividad desarrollada por el contratante, que carece de vínculo con el evento dañoso a partir del cual imputarle el daño). Respondería, en cambio, por el evento califica-

“Caso fortuito (Dº civil)”», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen I, Civitas, Madrid 1995, p. 949; «El fundamento...», pp. 1733-1734, 1739-1740 y 1744).

³⁴¹ . Así lo señala YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, pp. 351-352; *Sistema...*, p. 359), al admitir los pactos de ampliación del campo de supuestos generadores de responsabilidad. Es posible y conforme al artículo 1255 Cc aumentar el nivel de diligencia exigible o prescindir de la diligencia, asumiendo los daños que se generen en todo caso del ejercicio de la actividad pactada. En este último sentido, afirma BADOSA COLL («Artículo 1105», en *Comentario del Código civil*, Tomo II, 2ª edición, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, p. 44) que la admisión de la autonomía de la voluntad puede llevar a extender la responsabilidad inherente a una obligación hasta hacerla absoluta: por dolo, culpa y caso fortuito.

³⁴² . *Contrato...*, pp. 134-135.

ble como caso fortuito, interpretado éste como evento ajeno a la culpa del deudor pero que se produce en su ámbito de control, o como riesgo propio de la actividad desarrollada.

Sin poner en duda el acierto de esta corriente objetivadora de la responsabilidad contractual, hay que puntualizar que, en todo caso, ha de coordinarse con la situación contractual concreta aquí planteada y con el reparto de riesgos realizado por las partes en el contrato. A partir de aquí, hay que afirmar en general que, a falta de pacto, en el marco de un contrato de arrendamiento de servicios médicos, en que se pacta una obligación de medios, el reparto de riesgos realizado por las partes implicadas únicamente contempla la asunción por el profesional del riesgo que cae dentro de su ámbito de competencia. Dicho de otra forma, el profesional sanitario asume normalmente sólo el riesgo que puede producirse dentro del parámetro de conducta de la *lex artis ad hoc*. Salvo que otra cosa pacten las partes, responde por culpa estricta.

4. Desde este punto de vista, en los supuestos de *wrongful birth* no tiene sentido tratar de imputar al profesional sanitario responsabilidad por el caso fortuito, ni por los daños producto de los riesgos del desarrollo o de las limitaciones de la ciencia y de la técnica (que, como vimos, quedan fuera del parámetro de una conducta diligente). Si bien es cierto que éstos se producen dentro del ámbito de control del profesional sanitario (pues forman parte de la prestación que se desarrolla), no quedan realmente bajo su control, sino que son ajenos al mismo y a su diligencia o pericia. Por ello, en las obligaciones de medios, en general, ha de entenderse que no se asumen por el deudor: el profesional sanitario no responde, por tanto, más allá de los límites de la ciencia médica³⁴³.

5. Por el contrario, en el hipotético —y poco frecuente— caso de que se pacte una obligación de resultado entre el profesional sanitario y el paciente, o en el caso que ya se analizó de que se acepte la calificación como obligación de resultado respecto de una determinada prestación médica relacionada con la práctica de una prueba analítica (en relación con las pruebas médicas cuyo resultado sea fiable en el estado actual de la ciencia), el ámbito de responsabilidad sí se amplía más allá de los límites de la *lex artis ad hoc*.

En estos casos, el profesional se compromete a alcanzar un resultado y asume en un principio, salvo pacto en contrario, el riesgo derivado de esta obligación. Por ello, salvo que

³⁴³ . Con ello se ve cómo la distinción entre obligaciones de medios y de resultados tiene valor para la imputación de los riesgos entre las partes, como ya se puso de relieve. Así, señala CARRASCO PERERA («Artículo 1104...», p. 592) que el valor de esta distinción se reduce a la articulación de los riesgos entre las partes.

se pacte algo distinto, ha de responder por el daño que genere el supuesto de que este resultado no se alcance, aunque el malogro del mismo haya sido debido a la ausencia de conocimientos científicos suficientes como para alcanzarlo. Aquí, el límite a la responsabilidad (de nuevo sometido a la posibilidad de pacto en contra) se situará en el ámbito de la fuerza mayor, como acontecimiento ajeno al ámbito de control del deudor³⁴⁴. Por tanto, en estos casos responderá el profesional sanitario, aunque el falso negativo se hubiera producido en un contexto de comportamiento diligente.

³⁴⁴ . Así parece deducirse del estudio de CABANILLAS SÁNCHEZ (*Las obligaciones...*, p. 125) o YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, pp. 49, 268; *Sistema...*, p. 130). De hecho, según el primer autor citado, «si el deudor no logra dar cumplimiento a su obligación por causas que no le sean imputables, quedará liberado de su obligación (imposibilidad sobrevenida sin culpa del deudor), pero no tendrá derecho a la contraprestación, salvo que la ley disponga otra cosa» (p. 135). Por tanto, las consecuencias se traducen, como ya se dijo, en materia de honorarios, no de responsabilidad civil.

Aunque CUEVILLAS MATOZZI (*op. cit.*, p. 184) establece también la exoneración por caso fortuito, ha de entenderse que no adopta una interpretación objetivada de tal elemento, sino que lo considera sinónimo de la fuerza mayor. Si se interpretan ambos conceptos como corresponde a un sistema de responsabilidad contractual en que la responsabilidad tiene en cuenta el riesgo repartido entre las partes, el caso fortuito se habrá de identificar con el riesgo de la actividad o el riesgo que cae bajo el ámbito de control, en cuyo caso no hay duda de que tal riesgo queda asumido por el deudor de una obligación de resultado (no así el correspondiente a la fuerza mayor, salvo que se pactase).

CAPÍTULO IV

EL DAÑO

1. LA DISTINTA ENTIDAD DEL DAÑO EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL LIFE*

1. Pese a que no existe una definición legal sobre el elemento del daño¹, y pese a que los componentes del mismo son discutidos en ocasiones², ya se afirmó anteriormente que este elemento era fundamental en la responsabilidad; sin un daño no es necesario plantearse la presencia del resto de los elementos, los cuales, por otra parte, se definen por relación al mismo³. Como se dijo en su momento, en las acciones de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life*, precisamente el daño ha sido uno de los elementos generalmente más discutidos, junto a la relación de causalidad.

Cuando este elemento se plantea en las acciones aquí estudiadas, se descubre cómo junto al problema jurídico de la indeterminación del daño se encuentran las objeciones éticas presentes en este tipo de reclamaciones. Por ello, es éste el requisito de la responsabilidad donde más se ha de tratar de afinar una distinción entre lo jurídico y lo puramente ético o moral. La relación de causalidad, aunque ciertamente es también complicada, lo es únicamente desde un punto de vista jurídico.

¹. Como señala GARCÍA SERRANO (*op. cit.*, p. 799), el daño en sentido jurídico no se corresponde con el daño en sentido vulgar, sino que el concepto jurídico es más reducido. La dificultad reside en determinar cómo se produce esta reducción para definir lo que es el daño resarcible. BUSTO LAGO (*La antijuridicidad...*, p. 40) sostiene que el concepto cotidiano de daño es, «amplio, impreciso y esencialmente intuitivo», lo que dificulta dar un concepto unitario de daño; al igual que lo dificulta «la diversidad de matices que abarca», según SANTOS BRIZ (*La responsabilidad...*, p. 146). Por este motivo, los autores se inclinan más hacia un concepto genérico, que dé respuesta a una serie de problemas diversos (DÍEZ-PICAZO, *Daños...*, p. 307) o a un concepto unitario aunque flexible (VICENTE DOMINGO, «El daño...», p. 204).

². En nuestro Ordenamiento, la calificación de un daño como patrimonial o moral, o la subdivisión de cualquiera de estas partidas en otras categorías (daño estético, daño corporal...), es, en cierto modo, una cuestión dogmática y secundaria, ya que ambas partidas forman parte por igual del concepto de daño y, como tales, han de ser indemnizadas. En otros ordenamientos, como el Alemán o el Italiano, sin embargo, no ocurre lo mismo, puesto que el daño moral se ve sometido a presupuestos o requisitos más restrictivos, que obligan en ocasiones a tratar de justificar como daño patrimonial el sufrido, a fin de lograr su indemnización.

³. Únicamente el requisito de la negligencia —allí donde se requiere— no va referido al daño, sino al comportamiento dañoso. Esta consideración puede ser la que ha llevado a DÍEZ-PICAZO (*Daños...*, p. 287) a situar en posición de igualdad como requisitos de la responsabilidad al daño y al comportamiento dañoso.

2. Antes de comenzar con el estudio de este presupuesto de la responsabilidad, hay que indicar brevemente que se va a analizar por separado en las acciones de *wrongful birth* y en las acciones de *wrongful life*. Aunque los problemas que lleva aparejados la afirmación del daño en estas acciones son similares –como lo son las cuestiones éticas que suscitan–, y aunque en ambos casos se parte de un mismo comportamiento negligente, como se acaba de señalar en el capítulo anterior, la existencia de una dualidad de víctimas del comportamiento dañoso, que se encuentran en diferente posición, produce una dualidad de daños.

El daño que le produce a los progenitores el falso negativo que se les da a conocer o que se les permite creer es distinto del que le produce al niño, de ahí el tratamiento diferenciado de ambos. Esta distinción, como ya se apuntó, genera también normalmente un distinto enfoque respecto de estas dos acciones. Las objeciones extrajurídicas planteadas a cada una de ellas se incrementan en relación a la demanda del niño. Es el distinto daño reclamado lo que produce tal efecto. Por ello, es más conveniente un estudio por separado de este elemento en cada una de las acciones aquí analizadas.

2. EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH*

2.1. La dificultad de establecer un daño en las acciones de *wrongful birth* y soluciones al problema: la vida como daño frente a la teoría de la separación (*Trennungslehre*)

2.1.1. El problema de la vida como daño

1. A través de las acciones de *wrongful birth* se reclama responsabilidad a un profesional sanitario cuya conducta ha permitido, en determinadas circunstancias, que se haya producido el nacimiento o la concepción de un niño discapacitado. Este nuevo ser –si bien fue deseado, en el sentido de planeado–, ocasiona a los progenitores no sólo gastos, sino también problemas y tensiones con las que ellos no contaron a la hora de concebir y que se podrían haber evitado si el niño no hubiera nacido; en definitiva, un perjuicio.

Este presupuesto básico sobre el que se asienta ese tipo de demandas arrastra consigo una gran dificultad a la hora de establecer el daño que sirve de base a la reclamación de los progenitores. Por un lado, la relación que guarda este daño –sea cual sea el evento que se caracterice como tal– con el hecho de la vida de un nuevo ser suscita dudas respecto de

la caracterización del mismo como daño resarcible. Por otro, se suele señalar entre los autores alemanes que esta consideración de la vida de una persona como daño para otra rebaja el valor de la primera frente a la segunda y lesiona su dignidad, lesión que se incrementa desde el momento en que se trata de reducir el valor de una persona a los costes que origina⁴. Ambas objeciones se constituyen, de hecho, en el principal argumento a través del que se busca rechazar este tipo de acciones⁵.

2. Ciertamente, en nuestro Ordenamiento no existe un concepto de daño resarcible definido a partir del cual se pueda incluir o excluir como tal a un determinado evento. Aunque a grandes rasgos se entiende por daño todo menoscabo que, a consecuencia de un determinado evento, sufre una persona en sus bienes vitales naturales, en su propiedad o en su patrimonio⁶, este concepto no goza de elementos suficientemente claros como para fijar con precisión sus límites.

⁴. Aunque sostenida, principalmente por PICKER (*Wrongful life...*, p. 31), la idea básica de este rechazo la expresa OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 35) cuando indica que el nacimiento y la existencia del niño como tales no pueden ser considerados un evento dañoso, ya que un valor no puede ser cualificado como daño, pues su propia esencia se opone a ello. Añade el autor que el hombre —independientemente de su condición sana o enferma— no es un bien cuyo valor pueda ser expresado en dinero, incluso aunque se presente como una gran desgracia para los padres afectados el nacimiento de un niño discapacitado.

Pero el argumento se ha reflejado igualmente por el resto de Europa (en general a partir de casos de *wrongful conception*). De hecho, fue uno de los empleados por el Ministerio Fiscal en el caso que resolvió el *Hoge Raad* holandés en sentencia de 21 de febrero de 1997 (citado por ROCA, *op. cit.*, p. 1746); e igualmente, se manifiesta en la sentencia de 20 de octubre de 1997, del *Tribunale di Milano*, cuando dice que no parece posible asimilar analógicamente a una vida la pérdida sufrida por una prestación incumplida. De hecho, opina el tribunal que aunque el fracaso de la operación de esterilización es el antecedente causal del nacimiento, asimilar el sustento del hijo a una pérdida supone considerar la vida humana en términos exclusivamente económicos, lo que es inaceptable. Por tanto, sin necesidad de acudir a principios religiosos, se puede afirmar que tener un hijo no puede reducirse a los costes que conlleva.

⁵. Hay que admitir, no obstante, que se trata de un argumento que principalmente se aduce en casos de *wrongful conception*, donde el niño nace sano y la reclamación se centra principalmente en tal nacimiento (reclamación que, por otra parte, dice SYMMONS que sorprende a los progenitores de niños discapacitados o a las parejas que persiguen infructuosamente tener un niño, *op. cit.*, p. 277). En ese ámbito se proclama: «la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores» (STS de 5 de junio de 1998, rechazo que comparte con las SSAP Badajoz, de 22 de abril de 1991; Navarra, de 26 de enero de 1999 y STSJ-Cataluña, de 9 de noviembre de 1993).

Pero esto no impide que también se plantee esta cuestión de definición del daño resarcible en las demandas de *wrongful birth*, en tanto que el origen de la demanda se sitúa igualmente en el nacimiento de su hijo. El hecho de que nazca enfermo, si bien reduce en general las afirmaciones de que el niño no puede ser considerado un daño (sobre todo las que emplean como argumento que un hijo es siempre una alegría), no excluye que la reclamación por el mismo suscite el mismo problema de oposición frente al bien vida. De hecho, en Alemania, las cuestiones de ética jurídica sobre la esencia del ser (*Menschenwürde*) son el principal obstáculo que se opone a la apreciación de estas demandas (MERKEL, *op. cit.*, p. 176), cuyo tratamiento ya se indicó que no siempre se realiza de forma diferenciada respecto a las de *wrongful conception*.

⁶. Tal definición, que —aunque simplificada— procede de LARENZ (con la que el autor se refiere en realidad al daño en sentido general, pues el daño en sentido jurídico lo define como aquél del que se puede responsabili-

Y no hay duda de que estos límites existen. Como ya se indicó, a través de ideas como la antijuridicidad o de la toma de conciencia de la función limitada de la responsabilidad se persigue diferenciar el significado jurídico del daño respecto de su significado común. El primero es más restringido, como no podía ser de otra forma, si se tiene en cuenta el efecto que su constatación lleva aparejado: la inversión del principio general de que cada sujeto ha de hacer frente a sus propias desdichas, de manera que la carga del daño se traslada a un sujeto distinto de aquél que lo experimenta.

3. En la fijación de estos límites, difusos y poco precisos, que marcan el concepto de daño indemnizable o daño antijurídico, no hay duda de que juegan un importante papel los valores sociales, la moral y el orden público⁷. En la medida en que se encuentran integrados en el Ordenamiento, son éstos los que identifican cuáles son los intereses protegidos y cali-

zar a un sujeto, *op. cit.*, pp. 426-427), y que responde a la corriente «objetiva» de determinación del daño (es daño resarcible el que lesiona determinados bienes), ha sido seguida en su esencia por gran parte de la doctrina nacional y extranjera. Por citar algún ejemplo, ILLESCAS RUS (*op. cit.*, p. 230); MEDINA CRESPO (*op. cit.*, p. 25); OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 33) o ZANNONI (*El daño...*, p. 55).

Junto a ella, sin embargo, ya se vio cómo a través de la antijuridicidad se trata de reducir también el concepto de daño resarcible, de manera que se sostiene que sólo son relevantes los daños que se producen contraviniendo una norma jurídica (SANTOS BRIZ, *La responsabilidad...*, pp. 143, 147 y 156) o aquéllos que el Ordenamiento toma en consideración, pues frustran expectativas aseguradas por el Derecho (BUSTO LAGO, *La antijuridicidad...*, pp. 41-45). Como posición intermedia, Díez-PICAZO (*Daños...*, p. 296) define el concepto de daño relevante conforme a intereses dignos de tutela jurídica protegidos o valorados por el legislador (igualmente, CARBONNIER, *op. cit.*, pp. 379 y 386; CARRASCO PERERA, «Artículo 1106...», p. 670). Cita en concreto a Alpa, que señala que dentro de estos intereses no hay que considerar únicamente los constitucionales, sino cualquier otro interés tutelado por la ley cuando el interés lesionado, frente al interés del dañante, resulta más digno de tutela.

⁷. Que los valores sociales o la moral influyen en el concepto de daño manejado por el Ordenamiento es cuestión que debe ofrecer poca duda. Desde un punto de vista legal, tal interpretación podría engarzarse a partir de la referencia del artículo 3 Cc a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas. A fin de cuentas, por muy objetiva que pueda parecer la definición del daño, se encuentra formada por conceptos —«menoscabo», «bienes vitales», «propiedad» o «patrimonio»— cuya interpretación se adecua en cada época a los valores imperantes. Incluso cuando se acude al legislador como fuente de fijación del interés protegido con el daño, la interpretación de la norma queda sometida a los valores en uso.

Tales consideraciones han sido admitidas por la doctrina de forma unánime desde antiguo. Así, MAZEAUD y TUNC (*Tratado I...*, p. 5) señalaron en su día cómo los principios establecidos por el legislador en el ámbito de la responsabilidad —como en cualquier otra materia—, debían ser traducción de los sentados por la moral. Y entre nosotros, GARCÍA SERRANO (*op. cit.*, pp. 806, 814 y 827) destaca que es la vida social la que establece «qué bienes deban ser protegidos, y sólo ella podrá apreciar si una determinada conducta implica o no un ataque a dichos bienes. Y si en lo sustancial aquella escala de valores protegidos permanecerá inmutable, lo segundo en cambio vendrá grandemente influido por las circunstancias de lugar y de tiempo» (p. 827). Más recientemente, ESSER y SCHMIDT (*Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, Teilband 2, 7ª edición, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1993, p. 169); JONAS (*op. cit.*, p. 15); VICENTE DOMINGO («El daño...», p. 225) o ZANNONI (*El daño...*, p. 296).

La opinión se encuentra también en las siguientes palabras del Tribunal Supremo (STS de 28 de octubre de 1986), en relación a las lesiones a la intimidad: «la esfera de la intimidad personal está determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad».

fican el menoscabo que experimenta un sujeto como daño o perjuicio⁸. Por ello, el rechazo por su parte de la determinación de la vida como daño puede ser determinante para negar la responsabilidad civil que se apoye sobre tal pretensión⁹.

4. Ahora bien, hay que advertir que el recurso a estos valores o usos sociales como parámetro para fijar el concepto de daño deja bastante que desear y ofrece menor seguridad de la que en principio puede aparentar, por lo que hace dudar que sea un criterio suficiente. Más bien se presenta como un criterio relativo.

- En primer lugar, se trata de valores abstractos y de difícil identificación. Aunque algunos de ellos se consideran con claridad integrados o excluidos de la moral social, la zona de grises es muy amplia. El consenso social, o la uniformidad en la valoración o en un determinado uso, es difícil de encontrar y, de hecho, en muchas ocasiones es la propia opinión del sujeto que pretendidamente atiende a los usos sociales la que se emplea como parámetro rector, universalizando las propias convicciones¹⁰.

⁸ . Un ejemplo claro lo constituye el reconocimiento del daño moral: como relatan MARTÍN CASALS y SALVADOR CODERCH (*op. cit.*, p. 758), la evolución social y económica, que dio paso a una economía de servicios, generó una tendencia a la patrimonialización de daños que tradicionalmente se consideraban no susceptibles de valoración. A partir de ahí, los atentados a la esfera íntima de las personas comenzaron a verse como daños susceptibles de reparación jurídica.

Pero también se plantean ejemplos en relación a la materia objeto de nuestro estudio. De hecho, entre los comentaristas franceses que se ocupan de la sentencia de la *Cour de Cassation* de 17 de noviembre de 2000 es común la opinión, según KAYSER (*op. cit.*, p. 1892), de que el daño del niño es un atentado a un interés no conforme a la moral, que por ello no puede ser considerado como daño reparable. Es inmoral indemnizar un daño que consiste en la vida discapacitada que sólo se hubiera podido evitar con la muerte. Del mismo modo, entre la doctrina anglosajona, como ya se indicó, el recurso a los argumentos de orden público como base para el rechazo de la estimación de las acciones aquí estudiadas es muy utilizado, aunque también criticado.

Es interesante en este punto traer la opinión de PETERS y PETERS (*op. cit.*, pp. 871-876) que afirman que el mayor obstáculo a las acciones aquí estudiadas (en especial las de *wrongful life*) se encuentra en la existencia de un desajuste cultural (*cultural lag*) generado por la disparidad entre el avance en el progreso científico y el derecho aplicado por los tribunales y el legislador (idea también presente en DICKENS, *op. cit.*, p. 106). Los recientes cambios de la ciencia en materia de diagnóstico prenatal suscitan la cuestión de una posible responsabilidad del profesional sanitario en estas materias; pero los tribunales no se han adaptado de forma suficientemente rápida a esta nueva situación. Esto no significa que no pueda cambiar: «History has proved that lags are eventually reduced. Sooner or later societal attitudes permit adjustment among the variables».

⁹ . Lo paradójico en este punto es que son precisamente estos intereses o valores que se oponen a la caracterización de la vida como daño los que, a su vez, crean la idea de daño por el hecho de la vida discapacitada. Esta idea aparece en las palabras de LYSAGHT (*op. cit.*, p. 11) cuando indica que el hecho de que el niño reclame un daño por su discapacidad se centra en el rechazo social de su condición como persona.

¹⁰ . Frente a ello, proponen PETERS y PETERS (*op. cit.*, p. 866) que la decisión sobre el concepto de daño recaiga sobre el jurado y no sobre el juez, pues es el primero quien se encuentra en mejor posición para definir los valores sociales (pp. 869 y 876). La cuestión del daño no es una cuestión jurídica, sino de hecho, afirman los autores, que varía con el espíritu de cada época.

- En segundo lugar, la moral social –y, con ello, los valores– va cambiando con el tiempo y con el desarrollo de la humanidad. Esto hace que no se pueda hablar de un concepto de moral social en abstracto, sino que se ha de referir a un momento concreto¹¹.

- En tercer lugar, hay que tener en cuenta que los valores sociales son convenciones respecto de las que los individuos concretos pueden mostrarse en desacuerdo, y que la ruptura del acuerdo común respecto de una determinada convención pone en cuestión su aceptación como valor social. De hecho, los valores respecto de los cuales se mantiene esta convención social como indiscutible son escasos.

- En cuarto lugar, en ocasiones se produce un divorcio entre los valores sociales y el uso social, que lleva a una indeterminación de cuál sea el criterio que deba seguirse a la hora de acudir a estos parámetros para afirmar o negar un daño resarcible¹².

Por todo ello, la exclusión de un evento dañoso como daño resarcible por comparación con este parámetro, si es que se acepta, debería restringirse únicamente a aquellos casos en que la contradicción se produjera respecto de las convicciones sociales indubitadas o, más bien, aquéllas que encuentran su reflejo en principios o valores que se hayan incorporado al Ordenamiento. Tal es, de hecho, el criterio decisivo.

5. En relación con las acciones de *wrongful birth* –y más incluso, con las de *wrongful life*– se dice que uno de estos valores universalmente aceptados y recogido por el Ordenamiento es, en concreto, la vida; y precisamente a partir de ese presupuesto se define el hecho del nacimiento o de la vida discapacitada como algo beneficioso, un bien jurídico de su titular que no puede ser calificado de daño. La perpetuación de la especie se encuentra en la base de esta convención, a la cual se han ido añadiendo a lo largo de la historia –a

¹¹ . De hecho, uno de los principales motores de tal cambio lo constituyen los avances técnicos –tan importantes en el ámbito en que aquí nos movemos–, que hacen posible lo que anteriormente era imposible y, con ello, alteran la percepción de la realidad. En este sentido, SYMMONS destaca cómo la legalización del control de la natalidad ha facilitado a los tribunales negar la existencia de objeciones de orden público en contra de las acciones de *wrongful birth* (*op. cit.*, p. 281). No obstante, también destaca el autor que el hecho de que se acepte el control de la natalidad no debe llevar consigo necesariamente la aprobación pública de la concesión de indemnización a los padres por el fallo de estas medidas por parte de los médicos (p. 282). Por otra parte, DEWITT ROGERS (*op. cit.*, p. 757) y PETERS y PETERS (*op. cit.*, p. 869) destacan también cómo es posible que el desarrollo científico o social vaya cambiando la perspectiva de las acciones aquí estudiadas.

¹² . Tal es el problema que se plantea por el hecho de que la moral social no siempre es seguida en la práctica por los que la propugnan. Pongamos dos ejemplos: en primer lugar, pese a que la eutanasia es considerada en nuestro Ordenamiento como reprobable y contraria a la moral, en la práctica se admite en ciertos estados terminales la práctica de eutanasia pasiva. En segundo lugar, la prostitución es una práctica que se dice claramente contraria a la moral social y, sin embargo, ha existido y existirá siempre.

modo de argumentos «lógicos», concepciones religiosas, éticas y morales. De ahí que se rechace como daño aquél que se relaciona con dicho bien supuestamente universal.

No obstante, en este punto es necesario introducir un triple matiz. Por un lado, la universalidad de la protección de este bien vida se enfrenta a una serie de excepciones que gozan de un mayor o menor consenso (legítima defensa, suicidio, aborto, rechazo de tratamientos prolongadores de la vida, etc.). Por otro lado, el rechazo de la consideración como daño del nacimiento o de la vida discapacitada presupone la caracterización del bien vida como absoluto frente a cualquier relativización, incluso ideológica, y no sólo frente a ataques directos (lo cual es, en cierto modo, dudable). Y, finalmente, aunque se negara como daño la vida del niño, tal negación no debería impedir centrar tal daño en otros perjuicios presentes en el supuesto de hecho de las acciones de *wrongful birth*, aunque siempre se encuentre implicada una nueva vida en el supuesto de hecho de estas acciones.

6. Sin perjuicio de que todos los matices apuntados frente a esta idea rectora son trascendentes —como se verá en su momento—, es el tercero el que, de hecho, ha sido empleado en las acciones de *wrongful birth* como vía de elusión del obstáculo planteado. Así, en la fijación del daño sobre el que se establece esta acción de responsabilidad, se ha partido desde un principio de la negación de que el nacimiento sea en sí mismo un daño¹³.

¹³. Según EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, p. 257) y MARTÍN CASALS (*op. cit.*, p. 190), es una posición unánime de la jurisprudencia y de la doctrina que el nacimiento de un niño no supone un daño. De hecho, así lo afirma la mayoría de nuestros autores (DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad civil...*, p. 175; «La segunda...», p. 141 y «La tercera...», p. 189; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 1706; GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, p. 1220; MARTÍN CASALS, *op. cit.*, p. 196; MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU, «Responsabilidad...», pp. 1643 y 1644; «Anticoncepciones...», p. 7-8 y «Sentencia...», p. 1110-1111 o PÉREZ-TENESSA, *op. cit.*, pp. 55, 56 y 61). Igualmente, en Alemania se parte de tal consenso, según PICKER («Wrongful birth...», p. 501-503) u OSTHEIDE (*op. cit.*, pp. 34-35), compartido incluso por aquéllos, como el BGH o HARRER (*op. cit.*, p. 10), que se muestran favorables a la indemnización.

Por el contrario, son pocos los autores o las sentencias que aceptan la posibilidad de considerar como daño al propio hijo. Si bien en la sociedad actual parece que todos los bienes tienen una medida económica y que actualmente se acude sin ningún tipo de reparo a indemnizar en dinero todo menoscabo, superada la reticencia inicial a la indemnización de bienes espirituales, la mayoría de los autores se muestra reacia a calificar a un ser humano como daño por su propia existencia. Existen, no obstante, excepciones, como es el caso de la ya citada STS de 6 de junio de 1997 (que según MARTÍN CASALS partió de la afirmación de que el daño residía en el nacimiento de un niño que sufre, lo que considera este autor desconcertante, en tanto que contradice la jurisprudencia en materia de *wrongful conception*, *op. cit.*, p. 196); o, fuera de nuestras fronteras, los casos estadounidenses *Harbeson v. Parke-Davis Inc* (en que se señaló que la caracterización del niño como daño era consecuencia inevitable del reconocimiento del derecho de los padres a evitar el nacimiento de un niño con defectos) o *Thake v. Maurice* («it [is] generally recognised that the birth of a healthy baby is not always a blessing»). Por su parte, TEFF (*op. cit.*, pp. 431-432) critica estos argumentos por su falta de rigor jurídico (se trata de un argumento basado en afirmaciones simbólicas y en un uso del lenguaje poco moderado).

Se ha tratado, pues, de evitar la caracterización del hijo o de sus defectos como daño a partir del cual reclamar indemnización al profesional sanitario al que se le imputa subjetivamente la privación a los progenitores de la información necesaria para poder optar libremente por la concepción de la futura descendencia o por la continuación o interrupción del embarazo en curso. El daño, en cambio, se ha identificado con otros perjuicios aparejados al supuesto de hecho planteado.

7. Esto no significa que la aceptación de las acciones de *wrongful birth* a partir de estos argumentos haya permanecido indubitada. Aunque, ciertamente, en menor medida que lo que ocurre respecto de las acciones de *wrongful life*, se ha negado también por algún sector doctrinal y jurisprudencial la indemnización en estos casos¹⁴, bien por considerar que en todo caso el bien vida o la dignidad de la persona sigue constituyendo un obstáculo a la responsabilidad, bien sobre la base de otros argumentos, que a continuación veremos.

De todas formas, dado que se trata de una vía menos polémica que las otras apuntadas, vamos a tratar de seguir la misma idea, intentando establecer el daño por el cual pueden exigir los progenitores responsabilidad en un evento distinto de la vida del niño.

2.1.2. La teoría de la separación (*Trennungslehre*)

1. La teoría de la separación, elaborada inicialmente en Alemania, se ha utilizado en tal país indistintamente en relación a acciones de *wrongful conception* y *wrongful birth*, sobre la consideración de que en ambas se parte de un nacimiento no deseado (en el sentido de «contrario a la representación mental de los progenitores»)¹⁵.

2. El enunciado de esta argumentación parte de que, desde un punto de vista teórico, se puede distinguir entre la vida —o el nacimiento del niño— y los gastos que genera su mantenimiento (*Unterhaltsaufwand, Lebensbedarf*), deber que pesa sobre los padres desde el momento en que se produce tal nacimiento. De hecho, se dice que es por estos últimos por los que se solicita indemnización y no por el nacimiento en sí¹⁶.

¹⁴. Frente a este hecho, es destacable la opinión de PICKER (*Wrongful life...*, p. 30), que declara que el diferente trato de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* parece encontrar su razón de ser en la aplicación a las primeras de la *Trennungslehre*, como si con ello se pudiera escapar al problema que suscita la afirmación del daño y la teoría de la diferencia.

¹⁵. Para una visión completa de esta teoría en Alemania, ver MERKEL (*op. cit.*, pp. 176-183); OSTHEIDE (*op. cit.*, especialmente pp. 40-47 y 161-167) o PICKER («*Wrongful birth...*», pp. 501-530).

¹⁶. Si bien es un dicho popular que «los niños vienen con un pan bajo el brazo», en la realidad a esto ha de añadirse una larga lista de cargas que se imponen a la economía familiar. Así, aunque el propio nacimiento

Por tanto, se trata de una teoría que afirma la existencia de un daño, al margen del hecho de la vida o del nacimiento, pero que únicamente se aplica al daño patrimonial, pues respecto del daño moral no suele emplearse. Esto no significa que sobre estos daños no se pueda establecer separación, sino que en Alemania no se ha producido, lo que se ha de achacar principalmente a la restricción a la que se ve sometida en tal Ordenamiento la indemnización del daño moral, obstáculo que se encuentra ausente en nuestro caso. De hecho, veremos cómo la idea básica de la separación se puede aplicar a otro tipo de daños.

3. El origen de esta argumentación se encuentra en la jurisprudencia alemana, donde esta teoría ha estado sometida a un amplio debate, tras una fase inicial de aceptación más o menos general. Efectivamente, a partir de una asentada jurisprudencia entre los tribunales inferiores¹⁷, el *Bundesgerichtshof* (BGH) aceptó de forma constante esta teoría como vía para conceder indemnización a los progenitores¹⁸. Tal línea jurisprudencial, no obstante, se vio interrumpida por la sentencia de 28 de mayo de 1993, dictada por la Sala segunda del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), que afirmó que la consideración de la existencia del niño como daño era contraria al artículo 1.1 GG (dignidad de la persona), por lo que consideraba conveniente una revisión de la jurisprudencia relativa a la concesión de indemnización por gastos de mantenimiento¹⁹.

no es un daño en sí, parte esta teoría de que con él concurre o se concreta un daño; daño que se constituye por las cargas patrimoniales que genera.

En este mismo sentido, la jurisprudencia anglosajona se pronunció en el caso *Emeh v. Kensington Health Authority*, al indicar que afirmar la resarcibilidad del daño por el nacimiento de un niño no significa calificar negativamente la vida humana, sino simplemente reconocer el hecho de que un niño conlleva costes. Del mismo modo, afirma D'ANGELO (*op. cit.*, p. 161) que es innegable que el niño conlleve una serie de costes que sean un daño en tanto que su nacimiento no es buscado.

¹⁷. El origen de esta jurisprudencia se sitúa generalmente en la sentencia del LG Itzehoe de 21 de noviembre de 1968, a partir de la cual adoptó esta interpretación un gran número de sentencias (entre las que hay que destacar las del LG Limburg de 18 de junio de 1969, OLG Düsseldorf de 31 de enero de 1974, LG Freiburg de 18 de noviembre de 1976, OLG Celle de 8 de mayo de 1978, OLG Zweibrücken de 14 de julio de 1978, OLG Karlsruhe de 19 de octubre de 1978 y OLG München 27 de febrero de 1981), constituyéndose en jurisprudencia mayoritaria. No obstante, la opinión contraria era también sostenida por ciertos tribunales (como muestran las sentencias del LG Duisburg de 7 de marzo de 1974 y OLG Bamberg de 6 de febrero de 1978).

¹⁸. El primer paso vino constituido por las sentencias de 18 de marzo de 1980, para un caso de *wrongful conception*, y de 18 de enero de 1983, para un caso de *wrongful birth*. Posteriormente mantendría esta doctrina, por ejemplo, en las sentencias de 22 de noviembre de 1983 y 7 de julio de 1987.

¹⁹. FD 14º: «Eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle kommt von Verfassung wegen (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht in betracht. Deshalb verbietet es sich, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen».

Tal pronunciamiento es calificado por MERKEL: «ein wenig überraschend» (*op. cit.*, p. 175) y por STÖRNER: «etwas kurz und apodiktisch» (*op. cit.*, p. 319). DOMINGO (*op. cit.*, p. 218) lo considera, sin embargo, como uno de los aspectos más positivos de esta sentencia, pues entiende que aunque los poderes públicos no pueden obligar a una mujer a ser madre, sí pueden obligarle a aceptar el hijo nacido. De hecho, con él,

Dicho pronunciamiento, sin embargo, fue considerado no vinculante por el BGH, pues no fue emitido como fundamento del fallo²⁰. Por ello, en sucesivas sentencias volvió este supremo tribunal a confirmar su propia jurisprudencia²¹, si bien al mismo tiempo se reabrió el debate sobre el tema, en el que la jurisprudencia menor se dividió (frente a la posición anterior, prácticamente unitaria)²². Complicando aún más la situación, la Sala primera del BVerfG se adhirió a través de una sentencia de 12 de noviembre de 1997 a la jurisprudencia del BGH, al admitir la posibilidad de separación entre el niño y sus costes, tanto en casos de *wrongful conception*, como de *wrongful birth*. De hecho, consideró el Tribunal Constitucional alemán que no era necesario un pronunciamiento del Pleno para unificación de doctrina con la Sala segunda (pese a que tal unificación había sido reclamada por ésta en sentencia de 22 de octubre de 1997, que estimaba conveniente aclarar el fallo de la sentencia de 1993)²³.

4. Ante semejante panorama, no se ha establecido una posición unánime entre la doctrina alemana, sino que existen tanto defensores de la *Trennungslehre* (GIESEN, HARRER, MERKEL, MERTENS, OSTHEIDE), como detractores (LANKERS, PICKER, QUASS, ROTH). No hay, pues, consenso respecto a si la consideración como daño resarcible de los gastos generados por el niño lesiona o no la dignidad de la persona constitucionalmente protegida en el artículo 1.1 GG, problema básicamente trasladable a nuestro Ordenamiento a partir del enunciado del artículo 10.1 CE.

como indica PICKER («Wrongful birth...», pp. 496-500) se reabrió un debate que había quedado dirimido en el sentido de la jurisprudencia del BGH. Las opiniones volvieron a polarizarse.

²⁰. De acuerdo con el § 31 I BVerfGG, estimó el BGH que no quedaba vinculado por la opinión formulada *obiter dictum* por el BVerfG, pronunciamiento respecto del que muestran su apoyo DEUTSCH («Das Kind...», p. 609); GIESEN («Schadenbegriff...», pp. 287-288) o KÖTZ y WAGNER (*op. cit.*, p. 25). De hecho, MERKEL destaca que el pronunciamiento era claro, pero excesivamente mitigado –*zu höflich*– en su formulación (*op. cit.*, p. 175). Esto, sin duda fue un factor que permitió al BGH ignorarlo.

Sin embargo, esta interpretación del BGH sobre la sentencia del BVerfG también ha recibido sus críticas, como en el caso de STÜRNER (*op. cit.*, pp. 327-329), que critica igualmente que no se haya acudido a una decisión del Pleno ante la divergencia entre las dos salas del BVerfG.

²¹. Entre otras, sentencias de 16 de noviembre de 1993 y 23 de marzo de 1995.

²². Así, por un lado, se sitúan los pronunciamientos que siguieron la tesis del BVerfG (LG Düsseldorf de 2 de diciembre de 1993 y OLG Zweibrücken de 18 de febrero de 1997) y los que siguieron los del BGH (OLG Düsseldorf de 15 de diciembre de 1994).

²³. En la actualidad, pues, se ha abierto un debate constitucional en torno a la interpretación del párrafo 16 I BVerfGG sobre el procedimiento que debe seguirse en los casos de doctrina contradictoria entre salas, cuestionándose la necesidad de elevar al Pleno la cuestión, a fin de que resuelva. La situación de descoordinación no es deseable. De hecho, BRUNETTA D'USSEAUX señala que el estado de incertidumbre es tal que se duda cuál será la solución que daría la sala segunda en caso de que se le planteara una nueva cuestión (*op. cit.*, p. 128); y es calificada por MARKESINIS y UNBERATH de preocupante e, incluso, irritante (*op. cit.*, p. 10). En todo caso, OSTHEIDE prevé que el BGH mantendrá su doctrina, pese a todo (*op. cit.*, p. 195).

En contra de esta posibilidad se han esgrimido diversos argumentos, generalmente mezclados, que vamos a tratar de recoger aquí de forma separada –junto con las respuestas que han ofrecido los defensores de la misma–, centrándonos únicamente en los que se aluden específicamente en torno a la separación entre el niño y el daño.

- PICKER, uno de los principales detractores de esta teoría, señala que con la indemnización de los gastos generados por el niño se produce una degradación de éste, que pasa a ser considerado un mero objeto²⁴. Tal argumento es contestado tanto por MERKEL, como por OSTHEIDE. El primer autor niega esta cosificación del niño a través de la concesión de una indemnización²⁵. El segundo pone de relieve que, lejos de instrumentalizarse al niño a través de la indemnización, se le reconoce más bien como ser humano que, a causa de su incapacidad para ocuparse de su propio mantenimiento, se ha de colocar bajo el cuidado de aquéllos ligados a él por una comunidad de vida personal y económica²⁶.

- Relacionado con el argumento anterior, se afirma, como ya se indicó, la lesión de la dignidad humana que va aparejada a la calificación de daño de la carga de alimentos (pues ésta implica la calificación del niño como daño). Según PICKER, no se puede negar que la existencia del niño es una *condicio sine qua non* o una fuente de los daños, relación causal que es suficiente para fundamentar una lesión del artículo 1.1 GG, ya que el desvalor del niño no puede ser tolerado por el Ordenamiento por motivos de humanidad y política jurídica²⁷. Por tanto, hablar del niño como daño o del niño como causa del daño es igual desde el punto de vista de la lesión de la dignidad humana.

Tal conexión es negada por MERKEL, que critica tales argumentos como apodícticos y jurídicamente inaceptables²⁸. Por su parte, OSTHEIDE considera que la calificación como

²⁴. «Wrongful birth...», pp. 527 y 538. Añade el autor que lesiona su esencia humana (*Wrongful life...*, p. 31).

²⁵. MERKEL (*op. cit.*, p. 180) se pregunta por qué se ha de considerar que los progenitores reducen al niño a un mero objeto cuando tratan de cubrir sus gastos de mantenimiento a través de una acción de *wrongful birth* y cuando al mismo tiempo lo aceptan, lo cuidan, lo protegen e incluso, quizá, lo aman. Para el autor, de hecho, es la solución que niega la indemnización la que objetiviza e instrumentaliza al niño (pp. 190-192).

²⁶. OSTHEIDE, *op. cit.*, p. 165. Posteriormente añade que frente a la sociedad no se hace patente que la existencia humana como tal sea relativizable, sino únicamente que la lesión de deberes profesionales desencadena la pretensión de indemnización.

²⁷. «Wrongful birth...», pp. 519, 527, 528-529, 535-538. Del mismo modo, ROTH (*op. cit.*, p. 2403, que critica la jurisprudencia del BGH, pues señala que tanto si se concede indemnización por los gastos extraordinarios, como si se concede indemnización por todos los gastos, se actúa en contra de la protección de la dignidad humana) y LANKERS (*op. cit.*, p. 388, que critica la comercialización y la lesión de la dignidad humana, ya que a través de esta vía no se distingue entre los costes de mantenimiento de un niño o de un automóvil).

²⁸. *Op. cit.*, pp. 180-183. El autor niega que con estas acciones se lesione la dignidad de la persona. De hecho, la sentencia del BVerfG de 12 de noviembre de 1997, afirmó que la caracterización del deber de mantener al

daño del deber de alimentos que surge para los padres a consecuencia del nacimiento de un niño no supone arrojar ningún tipo de desvalor o degradación sobre el niño mismo. Éste, en sí mismo considerado, puede ser distinguido de los alimentos que su nacimiento genera; motivo por el que ha de negarse una transmisión de la valoración que de estos últimos se haga. La dignidad de la persona (*Menschenwürde*) no se ve, pues, afectada²⁹. Finalmente, GIESEN considera que no puede haber lesión de la dignidad de la persona, en tanto que la obligación de alimentos por la que se reclama indemnización no es una parte constituyente del niño cuya calificación como daño conlleve la de la propia vida de éste³⁰.

- Por otra parte, PICKER pone de relieve el cinismo implícito en la separación teórica entre el niño y sus gastos. Se trata de una mera distinción terminológica que no oculta dónde se encuentra el daño³¹. Por ello, si se pretende afirmar que el nacimiento del niño ocasiona daños, ha de aceptarse que el propio niño es un daño³².

Frente a ello, MERTENS considera que la diferencia entre el niño como valor y su coste como daño existe, aunque es sutil³³. Del mismo modo, OSTHEIDE niega que se trate de

niño como pérdida no suponía una comercialización del niño. La responsabilidad civil no afecta a la dignidad humana, aunque la propia demanda se asocie al ser humano; de lo que se trata es de una distribución de las cargas. El deber de mantenimiento de los padres se puede separar de la esencia del niño.

²⁹. *Op. cit.*, pp. 164-165. Añade el autor que el hecho de que la transmisión de la obligación de daños tenga por base la circunstancia de que el dañador no ha evitado el nacimiento del niño no puede considerarse en contradicción con el derecho a la vida del niño, al establecerse el reconocimiento y concesión de la indemnización, ya que no se le priva de este derecho a través de la indemnización. En igual sentido se manifiesta REINHART, *op. cit.*, p. 1085, cuando afirma que no se trata en estas reclamaciones de la esencia del niño, sino de los gastos que genera.

³⁰. «Schadenbegriff...», p. 291. Ya anteriormente había negado la lesión de la dignidad humana sobre el mismo argumento que recoge Ostheide, de manera que: «niemand erkennt durch die Ermöglichung eines solchen Schadensersatzanspruchs dem Kind sein Lebensrecht ab» (p. 290).

³¹. *Wrongful life...*, pp. 33, 34 y 36. Por su parte, califica ROTH (*op. cit.*, p. 2403) de utópica la idea de una posición objetiva en este cómputo del daño.

³². «Wrongful birth...», pp. 528, 535-538. De hecho, el autor se dedica a discutir los postulados de la teoría de la diferencia, tal y como ha sido enunciada por doctrina y jurisprudencia (pp. 501-535). En su opinión, aunque se eluda la identificación del niño como daño, el hecho de conceder indemnización por el nacimiento no deseado demuestra tal caracterización, sea por sí mismo o sea a través de los gastos que genera y a los que está unido biológicamente (pp. 519, 527 y 537; *Wrongful life...*, p. 32). En este mismo sentido, señala VON BAR: «human life cannot be sustained without maintenance, so to judge the former positively and the latter negatively appears impossible» (*Vol. I*, p. 604).

No obstante, como ya se ha mencionado en notas anteriores, la opinión del primer autor ha cambiado, puesto que en una obra posterior se muestra más receptivo a las acciones de *wrongful birth*. Concretamente, admite como válida tanto la solución que tiende a la relativización de la vida, frente a los progenitores y frente al niño, como la solución que niega tal relativización para ambos (*Wrongful life...*, pp. 113 y siguientes).

³³. *Op. cit.*, p. 254.

un eufemismo con el que se quiera relativizar la vida humana, regresando con ello a expresiones propias del III Reich, como la de la «vida sin valor vital» (*lebensunwertes Leben*)³⁴.

- LANKERS destaca la imposibilidad de desmembrar o separar la esencia del niño en varios sectores, a fin de distinguir entre ellos uno que pueda servir como daño indemnizable³⁵. Añade a esto PICKER que el niño y el coste de su mantenimiento se encuentran unidos biológicamente de manera que no se pueden separar³⁶.

A esta crítica contesta HARRER que la obligación de alimentos no es una parte integrante del niño, motivo por el cual es posible separar ambos conceptos sin necesidad de hablar de «desmembración». De hecho, señala que entre el nacimiento del niño y la obligación de alimentos sólo hay una relación de causa-efecto, no una unión³⁷. Según MERKEL y OSTHEIDE, esta unión ni se pretende ni es posible, pues no se trata tampoco de elementos de igual categoría como para que se puedan identificar entre sí³⁸.

- Finalmente, LANKERS afirma que la carga del mantenimiento se atribuye por ley a los progenitores y que su origen se encuentra en la conexión biológica entre padres e hijos,

³⁴. *Op. cit.*, pp. 172-173. Según el autor, la calificación de «niño no deseado» (*unerwünschtes Kind*) no conlleva pronunciamiento alguno sobre el valor de la existencia de una persona ni enmascara un eufemismo para la relativización del ser humano. Opina, pues, que no permite establecer relación alguna con el término empleado durante el III Reich de la vida sin valor vital (situación a la que hace referencia en pp. 23-24. Igualmente, WEBER, *op. cit.*, pp. 54-55). Se trata sólo de sancionar un comportamiento negligente de un médico que conlleva para la persona del niño daños patrimoniales.

³⁵. *Op. cit.*, pp. 386-387. De hecho, el autor niega no sólo la desmembración (*Zergliederung*) del concepto o la esencia del niño, sino también de la relación paternofilial que, como relación jurídica extremadamente compleja, debe ser vista en su conjunto. Esta idea se encuentra presente en ROTH (*op. cit.*, p. 2403) cuando señala que el problema reside en que los padres no pueden disponer de esta parte de sus deberes filiales.

³⁶. «Wrongful birth...», pp. 519, 527 y 537. Según el autor, sin el mantenimiento el niño no puede existir, por lo que no es posible distinguir teóricamente entre ambos. Del mismo modo, ROTH (*op. cit.*, p. 2403) niega la posibilidad de una separación entre el origen de estos gastos y la nueva vida. Existe una relación necesaria entre ambas (*Bedingungszusammenhang*) que lo impide.

³⁷. *Op. cit.*, pp. 15 y 20. Argumenta el autor que no se demuestra que el niño y sus costes de mantenimiento formen una unidad inescindible. El nacimiento del niño es sólo una condición para la creación de la obligación, presupuesto del surgimiento de la obligación de alimentos (pp. 33-34).

³⁸. Así, MERKEL (*op. cit.*, p. 179) pone de relieve cómo se utilizan de forma unívoca dos acepciones diferentes de la misma palabra (*Lebensbedarf*): como gasto y como mantenimiento. Cuando el BGH se refiere a la posibilidad de separación, lo hace en el sentido de que los costes generados por el mantenimiento del niño son independientes de éste, no en el sentido de que el niño pueda vivir sin dicho mantenimiento (lo cual, ciertamente, no se puede afirmar).

Desde otro punto de vista, OSTHEIDE (*op. cit.*, pp. 165-166) niega que pueda hablarse de unidad entre el niño y la obligación de alimentos que pesa sobre sus padres, puesto que no se trata de elementos de la misma categoría (la obligación de alimentos es un derecho valorable patrimonialmente, mientras que el ser humano es un valor supremo), y el principio es que sólo cuando hay paridad en el rango puede haber unidad.

no por un comportamiento negligente del profesional sanitario³⁹. Esto impide que pueda ser calificada como daño.

Frente a esto, MERTENS y OSTHEIDE sostienen que la separación entre el niño y sus costes es una solución extraída del derecho vigente –puesto que el BGB distingue claramente los daños materiales y los inmateriales– y que resulta una exigencia inevitable del derecho de daños, que permite caracterizarlo como daño⁴⁰.

5. Al margen de un cierto eco de estas teorías en otros países⁴¹, en nuestro caso en concreto esta teoría parece haber gozado de un amplio reconocimiento, implícito o explícito. No en vano ya hace tiempo afirmaba GARCÍA SERRANO que, aunque tradicionalmente se había negado que la persona humana pudiera ser susceptible de valoración económica, era diferente de esto afirmar que el sujeto dañado en su integridad física no tuviera derecho a una indemnización. El daño y su reparación se sitúan, pues, en planos distintos⁴².

Influidos por esta idea básica, o por la teoría alemana, entre nuestra doctrina –e incluso, nuestra jurisprudencia⁴³– se han mantenido en ocasiones opiniones próximas a estos razonamientos; opiniones que reflejan principalmente el apoyo de la *Trennungslehre*, más

³⁹. *Op. cit.*, p. 386: «die Unterhaltspflicht basiert auf der biologischen Konnexität zwischen Eltern und Kind; fehlerhaftes Drittverhalten kann zwar diese Konnexität verursachen, nicht aber selbst zur Basis werden».

⁴⁰. Respectivamente, *op. cit.*, p. 254 y *op. cit.*, p. 164. De hecho, para el último autor mencionado la diferencia entre la existencia del niño y su valor indiscutido como persona se presenta como una consecuencia correcta desde el punto de vista del derecho de daños. Igualmente, HARRER (*op. cit.*, p. 17) argumenta que la diferencia no es una manipulación jurídica sino una exigencia del derecho de daños.

⁴¹. En concreto, se ha barajado este argumento en Francia y en Estados Unidos. En el primer país, JOURDAIN («La naissance...», p. 754) deja entrever una posición tendente a la separación entre el niño y sus gastos cuando sostiene que la mera indemnización del perjuicio no afecta al derecho a la vida y que la propia ley autoriza a disponer de la vida del hijo concebido, por lo que no se ve el motivo que existe para rechazar una indemnización por los perjuicios del nacimiento no deseado. En el segundo, FURROW (*et al.*) critican el argumento de la pretendida santidad de la vida como causa del rechazo de estas acciones con la afirmación de que simplemente se reconoce: «that they are costs associated with a child, and that even parents who love their healthy children must bear those costs» (*op. cit.*, p. 921). Finalmente, en Italia, hace referencia a esta doctrina alemana CARUSI (*op. cit.*, pp. 354-362), que parece favorable a ella.

⁴². *Op. cit.*, p. 816.

⁴³. Entre la jurisprudencia menor, esta separación es aplicada para la solución de casos de *wrongful conception*. Como ejemplo puede citarse la SAP Baleares de 16 de junio de 1994: «no puede concebirse que el nacimiento de un hijo produzca un daño a sus padres. Sin embargo, este hecho sí puede acarrear una serie de consecuencias económicas de toda índole, en la vida doméstica y laboral» (en el mismo sentido, SAP León de 15 de septiembre de 1998, que considera discutible calificar como daño al niño).

El propio Tribunal Supremo parece también haber admitido implícitamente esta separación en la sentencia de 6 de junio de 1997 (aunque no con el daño patrimonial, sino con daños morales), puesto que consideró como daño las zozobras o padecimientos que le supuso a la madre la tara y la atención que ello conlleva (esto es, las consecuencias del daño). Sin embargo, MARTÍN CASALS (*op. cit.*, p. 196) niega implícitamente que con ello realizara separación alguna, puesto que con las partidas que posteriormente tuvo en cuenta el Tribunal Supremo para la valoración de la indemnización, lo que se valoraba era el propio niño.

que su crítica⁴⁴. Negar que el nacimiento sea un daño, como punto de partida en este contexto no impide a nuestros autores, por tanto, considerar que este daño puede encontrarse en otros elementos relacionados con el mantenimiento del niño⁴⁵.

6. Pero el acogimiento de esta argumentación no se ha producido sólo en relación al enunciado concreto de su origen alemán, sino que —lo que es más importante—, ha sido la idea básica de separar el hecho de la vida del niño del daño reclamado por los progenitores lo que se ha transmitido a nuestra doctrina y a la extranjera. Éste es el valor más destacable de la *Trennungslehre*: junto a su propio valor como argumento para afirmar la indemnización de un daño patrimonial a los progenitores, esta teoría aporta un instrumento para definir el daño reclamado en las acciones de *wrongful birth* que se aleje de la vida del niño.

A partir de ahí, la mayoría de los estudiosos de este tema ha tratado de fijar el daño en eventos distintos del nacimiento o de la vida discapacitada del niño nacido (intento que nos parece el más adecuado para salvar el obstáculo interpuesto)⁴⁶. De ahí que pueda afirmarse en la actualidad que es a través de la idea básica de esta doctrina como se trata de definir el daño reclamado a través de las acciones de *wrongful birth*.

⁴⁴. Como excepción, ROCA (*op. cit.*, p. 1748) se muestra contraria a tal teoría, al afirmar que, «habiendo suprimido la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, por lesionar la dignidad del niño, se empieza a introducir otra diferencia entre los nacidos según la planificación prevista por los padres y los no deseados. No es posible deslindar nítidamente el daño que produce el sostenimiento del niño, del niño mismo, como si tuviera poco o nada que ver». Igualmente, entre la jurisprudencia, la STS de 4 de febrero de 1999 consideró que «los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar no hacen más que sostener de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento».

⁴⁵. En concreto, señala PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», p. 251): «considerar daño resarcible los gastos de mantenimiento del nuevo ser es sensato y no puede considerarse contrario a la dignidad como persona y los derechos fundamentales de la criatura». El nacimiento de un hijo supone un alto índice de gastos (todavía mayores cuando el niño nace con alguna discapacidad), opinión que recoge igualmente VICENTE DOMINGO (*Daños corporales...*, pp. 109-110; «El daño...», p. 251).

Esta misma idea, de hecho, es acogida de forma más o menos clara por DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Diagnósticos II...», pp. 152-154, que afirma que algún quebranto económico sí que produce —cuidados médicos y de otras personas, muebles o prendas especiales, educación especial...—; por lo que ha de resarcirse); GARCÍA RUBIO (*op. cit.*, p. 1218) y GALÁN CORTÉS (*Consentimiento...*, pp. 332-334, como se deduce de su crítica a la STS de 4 de febrero de 1999 y de su apoyo a la STS de 5 de junio de 1998, que declara la posible separación del nacimiento y de los gastos).

⁴⁶. De hecho, este cambio en la identificación del daño como vía para afirmar la responsabilidad no es ajeno a nuestro sistema. Como señala PARRA LUCÁN («19 de junio de 1990...», pp. 870, 871 y 872), esta operación es realizada por el Tribunal Supremo en algunas ocasiones, movido por el deseo de no dejar indefensos a los demandantes: «el Tribunal Supremo, y ante el temor de dejar a los demandantes sin ninguna indemnización, facilita su posición sustituyendo la reparación de un daño cuya causalidad no ha podido quedar acreditada por la de otro que, a fin de cuentas, deriva del daño efectivamente producido» (p. 872). Así opina también SÁNCHEZ GÓMEZ («Sentencia...», p. 1062).

2.2. Argumentos para la identificación de la existencia de un daño

1. Una vez señaladas cuáles son las grandes corrientes a favor y en contra de la existencia de un daño, hay que pasar a ver los argumentos concretos esgrimidos para identificar tal daño. El primero de ellos –al que no haremos referencia concreta, por el hecho de que se deriva de la *Trennungslehre*–, sería aquél que considerase como daño reclamado los gastos originados por el nacimiento del niño. El resto son los que veremos a continuación, si bien prestaremos atención únicamente a aquéllos que puedan tener trascendencia en nuestro Ordenamiento y no a los que respondan a peculiaridades de otro sistema jurídico⁴⁷.

2. Previamente, sin embargo, hay que hacer dos aclaraciones:

- En primer lugar, estos argumentos no sólo son de diverso tipo, sino que generalmente no se presentan en estado puro. Lo normal, de hecho, es que aparezcan mezclados entre sí –pues varios responden a ideas comunes– y acompañados de algún matiz que procede de la línea ideológica del autor que los alega. Aquí, sin embargo, se ha tratado de recoger la esencia de las diversas líneas de razonamiento, para presentarlos al completo.

- En segundo lugar, algunas de estas opiniones provienen realmente de las acciones de *wrongful conception*, en las cuales fueron originariamente alegados. Pese a la diferencia entre estas acciones de responsabilidad y las de *wrongful birth*, ya se ha visto cómo en oca-

⁴⁷ . Un ejemplo de estos segundos reside en la identificación de un daño corporal de la mujer derivado del proceso de embarazo por el hecho de que su comienzo o su continuación no fue deseado, teoría que se ha barajado en ocasiones en Alemania. Como relatan ENGELHARDT (*op. cit.*, p. 543) u OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 83), el BGH (y con él la mayoría de la doctrina, según HAUBERICH, *op. cit.*, p. 145) afirma en ocasiones este daño (18 de marzo de 1980 y de 27 de noviembre de 1983), aunque por parte de la doctrina se tiende a restringir a los supuestos de incomodidades que exceden de las cargas normales de un embarazo la indemnización por lesión a la integridad (GIESEN, *International...*, p. 249; MANNSDORFER, *op. cit.*, p. 106 o WEBER, *op. cit.*, p. 44, por ejemplo). El propio BVerfG así lo reconoce también (sentencia de 12 de noviembre de 1997).

Al margen de las críticas que pueda recibir esta teoría por el hecho de que se deba poner en duda la calificación del embarazo como evento patológico o dañoso, ya que se trata de un proceso biológico natural (ver OSTHEIDE, *op. cit.*, p. 83 y los que cita, así como la sentencia *Tribunale di Milano* de 20 de octubre de 1997, comentada por NOVELLINO, «La procreación...», pp. 191-235 o WHITFIELD, *op. cit.*, pp. 689-691), se trata realmente de un argumento que responde a las peculiaridades del sistema alemán, que para la indemnización de un daño extracontractual (§ 823 I) exige la lesión de un derecho absoluto o bien de otros derechos que se puedan determinar (*sonstiges Recht*). Dado que entre ellos se cuentan la vida, la integridad física o la salud, el argumento trata de enlazar el daño reclamado a través de las acciones de *wrongful birth* con éstos, a fin de lograr su indemnización.

En tanto que esta peculiaridad no es compartida por nuestro sistema, que responde a la idea de una cláusula general de responsabilidad (y no precisa establecer la lesión de derecho fundamental alguno), no es un argumento que tenga sentido entre nosotros. De todas formas, se le ha otorgado cierto crédito en algún supuesto de *wrongful conception* (concretamente, la SAP de Valencia de 3 de octubre de 1994, que identificó el daño como: «la perturbación anímica, temores, y quebrantamiento de su libertad que asimismo le ocasionó la

siones han sido tratadas de forma conjunta, puesto que ambas son entabladas por los progenitores y puesto que hay quien considera en ambos casos el nacimiento como «no deseado» (por no corresponderse con la imagen mental del mismo en la idea de los progenitores). Estas similitudes permiten en ocasiones la aplicación de unos mismos argumentos, cuando éstos se apoyen sobre alguno de los elementos comunes.

2.2.1. Argumentos centrados en las posibilidades de actuación de los progenitores respecto de la descendencia futura

1. Los argumentos que se barajan con mayor frecuencia en nuestro Ordenamiento para determinar cuál es el daño reclamado en las acciones de *wrongful birth* centran la atención en las consecuencias directas que derivan del falso negativo imputable subjetivamente al profesional sanitario en relación a la actuación que, conforme al Ordenamiento, podrían haber realizado los progenitores. En concreto, se parte de que el proceder negligente del profesional o el evento procedente de su ámbito de control se traduce en un falso negativo que produce un defecto en la información que reciben los progenitores respecto de los riesgos que amenazan a su descendencia futura, o que se han concretado en la descendencia ya concebida.

Por ello, se trata de centrar el daño en las consecuencias del error de diagnóstico respecto de las decisiones que pueden adoptar uno o ambos progenitores en el contexto preconcepcivo o prenatal. Con ello, se identifican una serie de eventos independientes del hecho de la vida del niño –independientes por ser anteriores y por su lejanía conceptual– y respecto de los que no hay obstáculos lógicos o éticos para su calificación como daños.

2. A partir de este origen común, los argumentos que afirman el daño por esta vía se pueden dividir en dos líneas distintas, según conecten el daño con uno u otro evento⁴⁸:

gestación» y la SAP de Álava de 18 de mayo de 1998, que concedió indemnización por el embarazo «problemático además de no deseado»).

⁴⁸ . Hay que señalar, no obstante, que tal distinción no suele recogerse entre los estudiosos del tema. De hecho, es frecuente encontrar afirmaciones enmarcables en las dos teorías, pues tal adscripción se realiza aquí a partir de las expresiones de los autores que tratan este tema, que no siempre perciben la diferencia entre una u otra formulación del daño (como ejemplo, FINEL, *op. cit.*, p. 227 o JONÁS, *op. cit.*, pp. 16 y 17).

2.2.1.1. Privación del libre ejercicio de la libertad de procreación o de la decisión sobre la facultad de aborto

1. En un claro paralelismo con la tendencia ya referida en las acciones de *wrongful conception* de fijar el daño en la privación de la libertad de procreación, en estos casos se identifica como daño la privación a ambos progenitores de la libertad de decisión sobre la procreación futura (en el caso de un falso negativo preconceptivo o preimplantatorio), o la privación a la madre de la facultad de decidir acerca de la interrupción voluntaria del embarazo (en el caso de un falso diagnóstico prenatal). La libertad de decisión sobre la procreación futura y la facultad de interrupción voluntaria del embarazo son establecidas por el Ordenamiento en reconocimiento de un interés de sus titulares (libre desarrollo de la personalidad, integridad, salud, etc.), por encima incluso de otros intereses en conflicto. La privación de estas facultades o libertades como consecuencia del negligente comportamiento del facultativo, que impide que la decisión se adopte, pasa a ser considerada un daño; daño que se concreta con el nacimiento⁴⁹.

Con ello se elabora una de las teorías más satisfactorias para la determinación del daño en las acciones de *wrongful birth*. La privación de la facultad de decidir —que, en principio, es una simple consecuencia de la actuación del profesional sanitario—, pasa a ser caracterizada como daño, a fin de asegurar una posible acción de responsabilidad en estos casos, estableciendo como dañoso un evento que *a priori* no arrastra los problemas éticos o morales relacionados con la vida del niño y que, como veremos, no es difícil de unir causalmente al comportamiento negligente del profesional sanitario.

2. Sin embargo, esta teoría ha recibido diversas críticas que se centran, por un lado, en que esta identificación del daño implica de forma indirecta la calificación del nacimiento como daño y, por otro lado, en el propio rechazo a la calificación de la privación de la posibilidad de interrumpir el embarazo como daño⁵⁰, críticas éstas que, más que incidir en el

⁴⁹ . Aunque el planteamiento de este daño permitiría teóricamente afirmar su concurrencia pese a que el nacimiento del niño no se produjera (pues ello no impediría que se hubiera concretado la privación de la facultad o de la libertad), tal nacimiento es necesario para que nos hallemos en presencia de una acción de *wrongful birth* y no de otro tipo de acción, como afirma PACE (*op. cit.*, p. 146). Además, si el nacimiento no se produce, se vacía de contenido —como mínimo— el daño relativo a la privación de la facultad de aborto (pues éste se basa en que no se ha permitido a la mujer decidir si asumir o no la carga que supone el niño discapacitado).

⁵⁰ . Tales críticas se encuentran entre nuestros autores en BUSTOS PUECHE (*op. cit.*, p. 1700, cuando califica de «equivocada» la línea de pensamiento que sostiene que el recurso al aborto es una opción más de la madre), así como, entre los franceses, en SÉRIAUX (*Droit...*, p. 475, que declara: «le plus élémentaire bon sens répugne

propio argumento, se justifican en la propia opinión del jurista, por lo que, como se insinuó al comienzo de este estudio, son prácticamente imposibles de evitar.

Pese a ello, se trata una de las teorías que mayor apoyo ha encontrado entre la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional, como extranjera⁵¹ y que, por nuestra parte, nos parece que plantea de forma coherente la identificación de un daño resarcible.

3. Antes de analizar las posiciones a favor y en contra de este argumento, hay que destacar que requiere un presupuesto lógico y jurídico para su plena efectividad: la existencia en el caso concreto de una libertad o facultad de decisión atribuida a uno o ambos progenitores sobre la concepción futura o sobre la interrupción del embarazo⁵². Si los proge-

à l'idée d'octroyer une réparation pour n'avoir pu commettre une injustice»). Frente a ellos, el voto particular de la STS de 4 de febrero de 1999 (de García Varela) era partidario de la teoría aquí señalada, al considerar que el solo hecho de haber privado a la mujer de la decisión suponía una afrenta para ella.

⁵¹. Comenzando por la doctrina, si bien es una opinión algo vacilante en EMALDI CIRIÓN («La responsabilidad...», p. 1604 y *El consejo...*, p. 237, que parece dudar entre este daño y la frustración del deseo de abortar de la mujer), se proclama con mayor claridad por BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («7 de junio de 2002», p. 864, que considera un daño grave privar de esa posibilidad de opción a la madre); MARTÍN CASALS (*op. cit.*, p. 206, pese a que en pp. 191-192 remite el daño al fundamento de estas facultades: el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona); MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Responsabilidad...», p. 1641; «Anticoncepciones...», p. 3 y «Sentencia...», p. 1110) o ROMERO COLOMA («La responsabilidad...», p. 118).

La opinión, no obstante, se encuentra también en Estados Unidos, como se recoge en, «Note...», p. 2030: «the injury alleged in wrongful birth is neither the birth nor the life of the child; it is the denial of the parents' fundamental right to exercise their choice in private reproductive matters»; CAPRON (*op. cit.*, p. 641: «a more appropriate measurement of the damages would appear to be the costs of being denied the ability to make an informed choice, including the harm of not being able to prepare oneself for the birth of a defective child»); FURROW, *et al.*, (*op. cit.*, p. 916: «The real injury is not the birth of the child with anomalies, but the loss of the parent's ability to make informed reproductive decisions about the birth of that child»). Entre los autores franceses, igualmente, JONAS (*op. cit.*, p. 16).

Por lo que respecta a la jurisprudencia, esta idea aparece reflejada en diversas sentencias de Audiencias Provinciales, especialmente en casos de *wrongful conception*. Sirvan de ejemplo las palabras de la SAP Madrid de 5 de mayo de 1998 («el daño causado [...] evidentemente no viene determinado por esas malformaciones de las que el profesional no es responsable, sino por el moral derivado de la privación de su derecho a estar informada y a decidir») y SAP Málaga, de 31 de marzo de 2000 (que, tras rechazar que el daño sea el nacimiento de un niño con síndrome de Down, afirma que la base fáctica es que: «con el erróneo resultado [...] se le impidió conocer las taras físicas o psíquicas del feto y con ello, la posibilidad de optar por interrumpir voluntariamente el embarazo, al estar comprendido el mismo en el artículo 417 bis.1.3º»). Del mismo modo, en Estados Unidos señala GOLD (*op. cit.*, p. 1013) que la mayoría de los tribunales reconocen la diferencia entre causar el defecto y causar a los padres el daño de privarles de la opción de decidir sobre el aborto.

⁵². De hecho, además de a los factores ya destacados del desarrollo médico y el cambio de mentalidad, señalan tanto DEGUERGUE (*op. cit.*, p. 14), como FRANZKI (*op. cit.*, p. 1181) o WEBER (*op. cit.*, p. 6) que el surgimiento de estas acciones corre parejo a la legalización del aborto y de la contracepción. De esta forma, como se apuntó al definir este tipo de acciones, el reconocimiento legal de una libertad de decisión sobre la procreación —concebida o sin concebir— se transforma en presupuesto de las acciones aquí estudiadas (también, por tanto, de las de *wrongful life*).

Así se reconoce generalmente para el caso del aborto (aunque no hay motivo para no extenderlo igualmente a la libertad de procreación) por la doctrina en todos los Ordenamientos en que se han planteado este tipo de acciones. En concreto, se afirma entre la doctrina estadounidense por PACE (*op. cit.*, p. 161); entre la alemana, por SCHÜNEMANN (*op. cit.*, p. 576); entre la inglesa, por GRUBB (*op. cit.*, p. 278); entre la francesa, por LUCIANI (*op. cit.*, pp. 17-18) y VINEY y JOURDAIN (*Traité de droit civil. Les conditions de la responsabi-*

nitores no son libres para decidir si concebir o no, o para llevar o no a término el embarazo, difícilmente pueden reclamar que sufrieran daño alguno por la privación de tal decisión, ya que dicha privación no existe. Por ello, es necesario analizar previamente bajo qué condiciones se reconoce en general –y en nuestro caso en concreto– la facultad de decisión acerca de la procreación futura:

- Libre decisión respecto de la procreación futura por parte de ambos progenitores: actualmente en el mundo occidental no es frecuente negar a uno o a ambos progenitores la decisión sobre la procreación, obligándoles en todo caso a concebir⁵³. Por el contrario, la libre decisión sobre la procreación suele venir reconocida a cada individuo como principio de libertad que deriva de la protección de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (proclamados en nuestro sistema por el artículo 10.1 CE⁵⁴). Tal reconoci-

lité, Dirigido por J. Ghestin, 2ª edición, LGDJ, París 1998, p. 15); y, entre nuestros autores, por MARTÍN CASALS en solitario (*op. cit.*, pp. 205-206) y junto a SOLÉ FELIU («Responsabilidad...», p. 1641; «Anticoncepciones...», p. 3 y «Sentencia...», p. 1110).

Entre la jurisprudencia, ésta es la opinión que parece esconderse tras el rechazo de la acción de *wrongful birth* por parte de la SAP Valencia de 28 de noviembre de 1992, cuando sostuvo que el fracaso del resultado de la prueba de amniocentesis (que no dio ningún resultado), aunque hubiera sido conocido en plazo, no hubiera permitido decidir a la mujer sobre el aborto. Pese a ello, el Tribunal Supremo falló en este caso a favor de los progenitores en el recurso de casación (6 de junio de 1997).

⁵³. Como ponen de relieve BAUDOUIN y LABRUSSE-RIOU (*op. cit.*, p. 150), los Estados ensayan políticas de incentivación o desincentivación de la procreación (según sus necesidades), pero no crean obligaciones positivas y directas de procrear o no procrear, pues es imposible de imponer tal obligación. No conocemos, de hecho, ejemplos de tales sistemas en el derecho occidental (piénsese por otra parte la dificultad que conllevaría hacer efectivo el cumplimiento de estos deberes), aunque sí existe un ejemplo de limitación de la libertad de procreación positiva en el caso de la República China, en que cada pareja no puede tener más de un hijo (BAUDOUIN y LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, p. 177).

Sin embargo, ciertos autores mencionan en ocasiones lo adecuado del establecimiento de un deber de no procrear en el caso de niños con defectos o enfermedades. En este sentido, por ejemplo, NOVELLINO («La procreación...», pp. 218-219) opina que a veces puede predicarse un *deber* de no tener hijos, en tanto que la paternidad responsable presupone que las criaturas por nacer tienen que ser sanas o criadas adecuadamente (implica solvencia física y económica) y salvaguardar la salud de la madre. No obstante, señala el riesgo de estos argumentos: que conduzcan a una extralimitación y a un eugenismo radical.

⁵⁴. Como ya se avanzó, así lo reconoció el Tribunal Constitucional en sentencia 215/94, de 14 de julio (FJ 4). Frente a ello, PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», pp. 258-259) considera que esta libertad de procreación emana del artículo 18 CE (intimidad personal y familiar), aunque se declara dispuesto a admitir que la realización del deseo de tener un hijo –no, pues, la libertad de concepción– derive del artículo 10.1.

Si bien esta posibilidad aportaría la ventaja de entroncar esta libertad con un derecho fundamental (lo cual es relevante de cara a la indemnización por su privación), no responde a la esencia de la misma. El derecho a la intimidad protege frente a las intromisiones ilegítimas en el ámbito familiar y personal del sujeto, lo cual –aunque podría entroncar con la libertad de procreación a través de la interdicción de injerencias en la adopción de decisiones al respecto–, no se corresponde completamente con el fin de la misma. Es más adecuado considerar que la esencia de tal libertad se encuentra en permitir al sujeto determinar el curso de su vida, parte del cual puede venir condicionado por la descendencia. Parece, pues, más propio al contenido de esta libertad lo establecido por el artículo 10.1 CE.

miento se realiza generalmente tanto en sentido positivo, como negativo, facultando al titular de esta libertad no sólo la opción de procrear, sino también la de no hacerlo⁵⁵.

Al margen de los límites generales derivados de su reconocimiento como libertad y no como derecho⁵⁶, la decisión de los individuos no queda condicionada. Lo más aproximado a una imposición estatal al respecto se encuentra en el establecimiento de incentivos indirectos a la procreación (deducciones de impuestos, premios económicos, descuentos a familias numerosas, reducción del horario de trabajo, etc.), o en la limitación de los medios a los que pueden acceder los ciudadanos para hacer efectiva su decisión (esto es, fundamentalmente los métodos anticonceptivos temporales o definitivos, a través de cuya limitación se dificulta el ejercicio negativo de la libertad de procreación)⁵⁷.

Concretamente en nuestro caso, si bien existen determinados incentivos a la procreación, no se interpone este tipo de obstáculos al ejercicio negativo de tal libertad. El uso y el acceso a todos los métodos anticonceptivos (de barrera, químicos, hormonales e intrauterinos⁵⁸) es libre, al igual que el sometimiento voluntario a una esterilización⁵⁹. Por

⁵⁵. Ver al respecto MARTÍN CASALS (*op. cit.*, pp. 190-194).

⁵⁶. En este ámbito, hablar de libertad de procreación y no de derecho, como pone de relieve ROCA TRÍAS («La incidencia...», p. 29), no es indiferente. Normalmente, se tiende a negar la calificación como derecho, buscando reducir sus consecuencias (en general, en materia de reproducción asistida, como destaca la autora citada, pero también en materia de adopción). Se considera, pues, que el reconocimiento de este ámbito de la decisión a cada individuo sobre su procreación futura no implica la atribución al mismo de un poder subjetivo para exigir una determinada conducta, sino una posibilidad del titular de autodeterminar su conducta, libre de injerencias externas. Según esta autora («Reproduction rights and eugenics», en *Biotechnology, law and bioethics comparative perspectives*, Editado por C.M.^a Romeo Casabona, Bruylant, Bruxelles 1999, pp. 145-148), sin embargo, en Estados Unidos, algunos consideran que se trata de un derecho, si bien no existe unanimidad. En el caso de España, en concreto, pese a que puede deducirse un cierto reconocimiento de tal derecho en la posibilidad abierta por la ley 35/1988 para la reproducción asistida a las mujeres sin pareja, la respuesta no está clara, según la autora, pues estas técnicas se reservan para problemas de fertilidad y de enfermedades (pp. 152-156).

Sin tales dudas, excluyen la calificación de un derecho a la reproducción BAUDOUIN y LABRUSSE-RIOU (*op. cit.*, pp. 154-159), que lo consideran una mera libertad o facultad, ya que no surge una pretensión frente a un tercero (sea el médico o la pareja) para la satisfacción del deseo de procreación. Igualmente, en Italia, FERRANDO se refiere a la procreación como libertad derivada de la libertad personal (*Libertà...*, pp. 120, 129).

⁵⁷. Por ejemplo, se puede limitar la comercialización o distribución de métodos anticonceptivos, así como la práctica voluntaria de intervenciones de esterilización de cualquiera de los miembros de la pareja. Este tipo de actuaciones se produjo efectivamente en otras épocas. Así, en la Italia de la época fascista, como relata FERRANDO (*Libertà...*, pp. 119-120), el Código Penal de 1930 consideraba como delito el suministro de anticonceptivos (artículo 552) y la práctica voluntaria de esterilizaciones (artículo 583), situación que se mantuvo hasta 1987, cuando la Corte di Cassazione admitió la licitud de la esterilización (sentencia de 18 de marzo de 1987). Por otra parte, en Argentina, la esterilización voluntaria queda sometida a diversos requisitos por la Ley 17.132 (artículo 20 inciso 18), que dificultan su práctica voluntaria: consentimiento del paciente, indicación terapéutica y agotamiento de todos los recursos posibles para la conservación de los órganos reproductores (NOVELLINO, «La procreación...», pp. 221-224).

⁵⁸. La libertad abarca a todos los métodos cuyo efecto es el de prevenir la concepción, se apliquen antes o después del coito. Este último es el caso de la llamada «anticoncepción de emergencia», término que abarca

tanto, ha de partirse de que es teóricamente posible hablar de una privación de la libertad de decisión sobre la procreación futura, pues se trata de una libertad reconocida.

La duda, no obstante, podría plantearse en relación a la concepción artificial. La caracterización de esta decisión como libertad, y no como derecho, permite restringir el acceso a este tipo de técnicas a determinados usuarios. De hecho, la ley 35/1988 parece limitar el acceso de estas técnicas desde un punto de vista terapéutico; no se trata, pues, de un método de procreación al mismo nivel que la procreación natural⁶⁰. Pero, de cara al problema que plantean las acciones de *wrongful birth*, lo que interesa es determinar si los usuarios de estas técnicas que reciben un falso negativo en el diagnóstico preimplantatorio se ven o no privados de su libre decisión.

En concreto, el problema surge en relación a preembriones ya fecundados. La afirmación de que en este caso se produce una privación de la libre decisión sobre la procreación implica aceptar que los usuarios de las técnicas disponen de tal decisión en sus dos sentidos: que teóricamente podían, pues, tanto aceptar como rechazar la concepción en el supuesto de haber conocido del defecto del preembrión.

La lectura de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción

una serie de métodos utilizados por las mujeres –la píldora denominada PAE, o la Pauta de Yuzpe– dentro de las 72 horas posteriores al contacto sexual de riesgo, con el fin de prevenir el embarazo. Éste, según la medicina, no comienza hasta que el óvulo fertilizado se implanta en la pared del útero de la mujer, lo que comienza aproximadamente unos cinco días tras la fertilización (criterio de la nidación que parece ser el más aceptado entre la comunidad científica. Ver sobre el tema, USANDIZAGA BEGUIRISTÁIN, *op. cit.*, p. 580).

Por lo tanto, todo método cuyo resultado se produzca con anterioridad a dicha fecha deberá considerarse anticonceptivo y no abortivo. Es, de hecho, en relación a estos últimos (v. gr., píldora RU-486) que se establecen las restricciones, pues se someten a la regulación general sobre la interrupción voluntaria del embarazo, cuya base se centra en el artículo 417 bis Cp.

⁵⁹. Las esterilizaciones voluntarias, pese a constituir intromisiones en la integridad física, están permitidas en nuestro Ordenamiento, tanto para el hombre como para la mujer. De hecho, el art. 156 p.1 Cp declara la exención de responsabilidad penal si existe consentimiento del paciente.

⁶⁰. En concreto, el artículo 1.2 y 1.3 restringe la finalidad de estas técnicas a los supuestos de esterilidad de los usuarios y a los supuestos de enfermedades genéticas o hereditarias, exigencia que complementa el artículo 2.1 al condicionar la práctica de estas técnicas a la existencia de probabilidad de éxito y a usuarias en buenas condiciones de salud.

Este debate sobre la restricción del acceso a las técnicas de reproducción asistida o la libertad al respecto es recogido por ROCA TRÍAS («La incidencia...», pp. 28-35), que señala que en general se trata de reducir las técnicas de reproducción asistida a fines terapéuticos, como vía para limitar su acceso (acceso que preocupa fundamentalmente en materia de empleo de estas técnicas por mujeres solteras e inseminación *post mortem*). Como ya se ha reflejado, la tendencia en general se dirige a negar la existencia de un derecho a procrear que pueda amparar el libre acceso a las mismas y la afirmación del recurso a estas técnicas como derivado de un derecho a la salud. Esta negativa es compartida, por ejemplo, por PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», pp. 250 y 259) o ZANNONI («Tutela...», pp. 629-631). En concreto, este último autor subraya que la inseminación artificial no es un sistema de procreación, sino una mera terapéutica, motivo por el cual se puede limitar y se ha de subordinar al derecho humano a la salud, en relación con el futuro niño.

Asistida (Ley 35/1988) así lo corrobora. Pese a que los pronunciamientos contenidos en los artículos 2.1.b (sobre limitación del uso de las técnicas a los casos en que «haya posibilidades razonables de éxito y no suponga un riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia») y 5.6 (sobre posibles donantes de material genético⁶¹) parecen mostrar un rechazo por la concepción de una descendencia enferma a través de estas técnicas (lo que impediría el ejercicio de los usuarios de su libre decisión en sentido positivo), cuando se aborda esta cuestión, el artículo 12.1 se refiere únicamente a la posibilidad de «desaconsejar» la transferencia al útero materno de los preembriones una vez constatada su afección a través del diagnóstico preimplantatorio⁶².

Consiguientemente, parece que los progenitores pueden decidir libremente si llevar a cabo o no la concepción pese al defecto constatado. Mantener lo contrario y prohibir una decisión positiva de los padres en tal caso sería, en cierto modo, equiparable a obligar a la práctica del aborto de los embriones o fetos que adoleciesen de defectos o enfermedades, lo que sin duda se interpretaría como contrario al artículo 10.1 CE⁶³. Consiguientemente, en el hipotético caso de un falso negativo en fase preimplantatoria, se puede afirmar que la conducta negligente del profesional o el evento del cual se ha de hacer responsable es suscepti-

⁶¹. La previsión que recoge tal precepto respecto del sometimiento del donante a análisis y controles se complementa con el RD 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida. En él, como ya se indicó, el artículo 6.1 excluye la donación por personas afectadas de enfermedades infecciosas transmisibles, hereditarias o genéticas.

⁶². Planteado recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988, y cuestionada en concreto la constitucionalidad de este artículo, el Tribunal Constitucional afirmó su constitucionalidad en la sentencia 116/1999, de 17 de junio (FJ 11), sin poner en duda la proclamación implícita de la libertad de procreación positiva en estas circunstancias. Del mismo modo, la doctrina tampoco se lo cuestiona (así, EMALDI CIRIÓN, *El consejo...*, p. 19 o PÉREZ-TENESSA, *op. cit.*, p. 53). Como excepción, PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», p. 276) se oponía con anterioridad a la ley al acceso a estas técnicas cuando existiera un riesgo significativo de transmisión de enfermedades a la descendencia. Una vez promulgada ya la Ley 35/1988, ROMEO CASABONA («Aspectos...», p. 162) señala que «esa opción debería ser excluida, puesto que se están poniendo a disposición técnicas para favorecer la procreación y, siendo posible, se ha de garantizar también que sea sana».

Lo que sí prevé la Ley 35/1988 es la calificación como infracción grave de la conducta del profesional que transfiere al útero material genético sin garantías biológicas o de viabilidad (artículo 20.B.i.). Tal previsión impide, en opinión de EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, pp. 106-107), la transferencia al seno materno de los preembriones inviables; pero no de los que resulten viables, aunque anómalos (respecto de los que los progenitores podrán decidir libremente si solicitar o rechazar la transferencia). No obstante, la autora indica posteriormente que *de lege ferenda* tal transmisión debería prohibirse (p. 324).

⁶³. PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», p. 274) considera, sin embargo, que habrá que declarar la responsabilidad de los progenitores de forma solidaria con la del médico que desarrolla las técnicas a través de las que se produce la concepción puesto que respecto de éste sí que existe un deber de evitarla. Tal responsabilidad se hará efectiva frente al niño nacido en condiciones de mala salud.

Frente a ello, EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, pp. 102-103) señala que aunque lo correcto sería no transferir los preembriones afectados, la ley española no lo ha prohibido, sino que se limita a desaconsejarlo.

ble de producir una privación del libre ejercicio de la libertad de procreación.

- Facultad de decisión de la mujer respecto de la interrupción del embarazo⁶⁴: en la actualidad, la mayor parte de los países reconocen a las mujeres –con mayores o menores condicionamientos– la posibilidad de acudir a una interrupción voluntaria del embarazo en reconocimiento de los intereses propios que entran en conflicto con los del *nasciturus* (vida, integridad física, dignidad y libre desarrollo de la personalidad)⁶⁵. Ahora bien, para que pueda hablarse de una «privación» de la facultad de aborto, como daño por el cual se reclama responsabilidad, no sólo es necesario que tal facultad fuera posible en general, sino también en atención a las circunstancias concretas del caso. Esta precisión deriva del hecho de que en aquellos países en que se permite la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, normalmente queda sometida a una serie de límites o requisitos, cuyo cumpli-

⁶⁴ . Aunque el término «facultad» es el más neutral –y el que mejor se corresponde a la regulación legal del aborto–, tampoco queda fuera de críticas. Los sectores anti-abortistas pretenden evitar toda calificación que otorgue entidad a esta decisión y acuden por ello a expresiones del tipo «simple oportunidad» o «mera despenalización». No existe, sin embargo, acuerdo, aunque sí se plantea un consenso más o menos extenso respecto a la negativa a considerar que se trate de un derecho.

Ahora bien, si, como sostiene ZANNONI (*El daño...*, p. 27), existe un derecho subjetivo cuando la facultad de actuación en la esfera propia de la persona se transforma en un concreto poder de actuar atribuido por la ley, surgen ciertas dudas respecto de lo que se ha regulado en el artículo 417 bis Cp, dudas que parece compartir DE ÁNGEL YAGÜEZ (*Responsabilidad civil...*, p. 177 y «La segunda...», pp. 143-144, si bien parece resolverlas posteriormente, al negar la calificación como derecho en «La tercera...», p. 202 nota 28). De hecho, según opina CALVO MELIJE (*Parte II...*, p. 273), el legislador era, en el fondo, favorable a la idea del aborto, puesto que para regular su reconocimiento pudo haber acudido a otras vías que lo alejaban de estos conceptos (en concreto acudir a la eximente de estado de necesidad o a una eximente específica).

Frente a ello, el obstáculo a la calificación del aborto como derecho se encuentra precisamente en la protección del bien vida (que según BUSTOS PUECHE es el principio del que parte el legislador, *op. cit.*, p. 1701) y en el hecho de que su terminación sea el contenido de este supuesto derecho. Establecer un derecho que consista en la posibilidad de exigir la terminación de la vida de otro ser humano parece contradecir de forma directa el derecho a la vida recogido por el artículo 15 CE, pues lo ataca frontalmente. Aunque esto podría tratar de relativizarse, sobre la idea de que se trata de supuestos excepcionales en que existe un interés preponderante respecto de la mujer, seguiría pesando la idea de poder exigir como derecho la muerte de otro. Allí donde se admite la terminación de una vida por el reconocimiento de un interés preponderante, nunca se ha recogido en términos de «derecho». De ahí que sea correcta esta negativa.

Hay que advertir, en todo caso, de que en el marco de las acciones de *wrongful birth* la mayoría de los autores suele eludir la cuestión y se limita a señalar que en estos casos se priva a la mujer de la «decisión» sobre el aborto. Entre la jurisprudencia, un ejemplo se puede encontrar en la SAN de 6 de junio de 2001, que afirmó que se había privado a la mujer de la «posibilidad» de acogerse a la indicación que excluye la responsabilidad penal.

⁶⁵ . Según declaró el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, de 11 de abril (FJ 9), la existencia de conflicto de intereses entre el concebido y no nacido y sus progenitores obliga a tratar de ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, intentando armonizarlos si es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos.

Aunque en dicha ponderación suelen primar los intereses de la mujer embarazada, en algunos países, como en la República de Irlanda, Chile o El Salvador, este conflicto se ha decidido a favor del feto, recogiendo de forma expresa su derecho a la vida y prohibiéndose incluso que las mujeres viajen al extranjero para procurarse un aborto (ver al respecto, DE CRUZ, *op. cit.*, pp. 102-104 y 113).

miento es necesario para poder acceder a la facultad de aborto. Por tanto, la afirmación de una posible «privación» de la decisión sobre el aborto requiere comprobar que en las circunstancias del caso concreto se cumplía con los requisitos legalmente establecidos, según el sistema en el que se dé el caso. De no ser así, no habría existido la facultad de decidir, ya que el aborto no estaría despenalizado.

En concreto, existen básicamente dos sistemas legales de regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, que suelen combinarse entre sí⁶⁶: los sistemas de plazos y los sistemas de indicaciones. En los sistemas de plazos, la práctica del aborto queda sometida a la discrecionalidad de la mujer y resulta impune siempre y cuando se practique en un determinado plazo (por lo general, el primer trimestre, cuando el *nasciturus* todavía se encuentra en estado embrionario y sin un corazón que le proporcione vida propia)⁶⁷. Antes de seguir adelante, es necesario afirmar sin lugar a dudas que en estos casos también puede hablarse de privación de la decisión relativa al aborto en caso de omisión de la información sobre el estado de salud del niño. La información sobre el estado del futuro ser es igualmente relevante para la adopción de una decisión por parte de la mujer, por lo que su omisión, o el error sobre la misma, determina la privación de esta facultad de la mujer⁶⁸. De todas formas, no es este sistema el que más nos interesa, pues no es el nuestro.

En los sistemas de indicaciones, la interrupción voluntaria del embarazo sólo es posible cuando concurren determinadas circunstancias que determinan la primacía de los intereses de la madre por encima de los del *nasciturus*: por lo general, riesgo para la salud física o psíquica de la madre (aborto terapéutico), embarazo producto de una agresión sexual (aborto ético), riesgo de la existencia de defectos o malformaciones en el feto (aborto euge-

⁶⁶ . Por ejemplo, en los sistemas de plazos, una vez concluido el periodo de tiempo en el que la decisión queda a la discrecionalidad de la madre, es frecuente que se admita la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo bajo ciertas condiciones (generalmente, por riesgo para la vida de la madre). Igualmente, en el sistema de indicaciones, es frecuente su limitación temporal (como es el caso, en nuestra regulación, del motivo embriopático -artículo 417 bis.1.3º Cp-, cuya práctica debe realizarse en las primeras veintidós semanas de gestación; pero no el caso de Francia, donde el aborto embriopático se puede producir en todo momento, según el artículo 2213-1, aunque se combina con un aborto para situaciones de crisis de la mujer, que se limita a las diez primeras semanas de embarazo). Para una visión de los sistemas de aborto en el derecho comparado es especialmente interesante la consulta de DE CRUZ (*op. cit.*, pp. 413-455) o LILIE (*op. cit.*, pp. 198-202).

⁶⁷ . Como ejemplo de estos sistemas se suele citar el caso de Estados Unidos, aunque hay que advertir de que no en todos los Estados se dispone un mismo plazo ni un sistema idéntico.

⁶⁸ . Igualmente, el fin de protección de este tipo de leyes se dirige a evitarle a la mujer cargas no deseadas (no es como el caso de Italia, donde el fin de la norma se centra en la protección de la salud de la mujer), por lo que ha de entenderse que el caso que aquí se contempla entra dentro de tal fin.

nésico o embriopático), o motivos económicos (aborto social o económico)⁶⁹. De todas ellas, la que aquí nos interesa es la indicación eugenésica, pues únicamente en ella el defecto o malformación del *nasciturus* es por sí mismo suficiente para permitir la decisión sobre el aborto. Tal facultad suele venir justificada en la protección del interés de la madre al libre desarrollo de la personalidad, interés sobre cuya base se le permite optar libremente si asumir o no la carga que viene aparejada al nacimiento de un niño enfermo; justificación que, en nuestro caso, fue considerada constitucional por el Tribunal Constitucional⁷⁰.

De hecho, en nuestro Ordenamiento, el artículo 417 bis Cp establece la regulación del aborto conforme a un sistema de indicaciones, dentro de las cuales se contiene en concreto la indicación embriopática (número 3º). La despenalización del aborto en tales supuestos queda, sin embargo, condicionada a la concurrencia de tres requisitos cuya constatación en el caso concreto será necesaria para permitir una reclamación por *wrongful birth*: previsibilidad de que el feto naciera con «graves taras físicas o psíquicas», plazo de veintidós semanas y emisión de una serie de dictámenes médicos de especialistas. Esto lleva a negar la reclamación de responsabilidad por *wrongful birth* en los siguientes casos:

* Cuando el defecto o malformación del feto no pudiera ser detectado hasta un momento en el que el aborto no fuera ya posible, tanto por las características de la prueba en

⁶⁹. Tal es el caso de Alemania (§§ 218 bis a 219 b StGB), España (artículo 417 bis Cp de 1973, mantenido en vigor por la Disposición Derogatoria Única 1.a Cp 1995 y al que se remite el actual artículo 145 Cp); Francia (Ley de 19 de enero de 1975 que lo introdujo como artículo 162-1 1 del *Code de la Santé Publique*; actualmente, tras la recodificación de junio de 2000, artículos 2212-1 y 2213-1), Gran Bretaña (*Abortion Act* 1967) e Italia (Ley nº 194, de 22 de mayo de 1978).

⁷⁰. Según declaró el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, de 11 de abril (FJ 11), «El recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso de que les sobreviva». De hecho, se admitió la constitucionalidad de forma condicionada, puesto que se hacía depender de la posibilidad futura de que las prestaciones asistenciales estatales pudieran cubrir la situación familiar que crean las taras del *nasciturus*. No obstante, sostiene GÓMEZ PAVÓN (*op. cit.*, pp. 244-245) que el trasfondo de este reconocimiento se encuentra en la libertad de la mujer y que, aunque mejoraran estas condiciones de sostenimiento estatal, ello no privaría de su razón de ser al motivo: la mujer podría seguir decidiendo sobre el embarazo, pues el nacimiento y la vida del niño seguirían influyendo sobre ella.

Esta justificación se repite en países de nuestro entorno sociocultural. Así, en el caso de Alemania, uno de los motivos por los cuales se despenalizó el aborto (sentencia del BVerfG de 28 de mayo de 1993) fue la idea de preservar el interés de la madre en situaciones excepcionales en las que se establezcan ciertas cargas para la mujer que exijan un sacrificio cuya imposición no sea admisible (*Unzumutbarkeit*). Por otro lado, la misma visión de existencia de una carga que no se le puede imponer a la mujer se maneja en Estados Unidos por EMANUEL (*op. cit.*, p. 173) o SUNSTEIN (*op. cit.*, pp. 273, 283), cuando indican que no se puede imponer a una mujer la obligación de proteger al feto, sometiendo a ello su cuerpo.

cuestión, como por las circunstancias del caso concreto⁷¹.

* Cuando el mal o defecto presente en el *nasciturus* no sea grave⁷². En el caso contrario, no existiría la posibilidad de acudir a un aborto embriopático (por lo que ni podría plantearse una acción de *wrongful birth*, ni una de *wrongful life*). Hay que advertir, no obstante, que no existe actualmente un parámetro concreto para determinar tal gravedad, si bien hay que exigir para su definición, en todo caso, un criterio médico⁷³.

* Cuando no se hayan emitido los informes necesarios (aunque este último supuesto difícilmente se producirá, pues es casi un requisito formal).

4. La necesidad de constatar en el caso concreto si se produce la privación de la facultad de interrupción del embarazo se refleja también en cierto modo en el ámbito de la libertad de procreación. Al respecto, no basta realmente con afirmar que tal libertad se reconoce, es necesario afirmar que en el caso concreto se produce la «privación»; es decir,

⁷¹ . EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, p. 357) aboga por ampliar o incluso eliminar el plazo fijado por el legislador, pues muchas de las pruebas médicas prenatales precisan un largo plazo y no pueden desarrollarse hasta una fase tardía. La autora estudia también (pp. 357-358) la interesante cuestión de la fijación del momento en que se ha de contar el plazo de las veintidós primeras semanas: si conforme al criterio médico (a partir de la última menstruación) o al biológico (desde la fecundación), señalando como más correcto este último, pese a que la dificultad de establecimiento de tal momento lleva a que sea más adecuado el primer criterio.

Por otro lado, hay que recordar que en estos supuestos, además, no se puede apreciar un comportamiento negligente, puesto que el deber de competencia del profesional queda limitado por el estado de la ciencia.

⁷² . La gravedad del mal o defecto como presupuesto de las acciones de *wrongful birth* es un requisito que recogen diversos autores, al excluir una reclamación por discapacidades leves. Así, entre nuestra doctrina, por ejemplo, PÉREZ-TENESSA (*op. cit.*, p. 51) y RUIZ LARREA (*op. cit.*, pp. 2040, 2041 y nota final 9) y entre la doctrina extranjera, LUCIANI (*op. cit.*, p. 19); OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 130); MANNSDORFER (*op. cit.*, p. 98); TEFF (*op. cit.*, pp. 427 y 437) o VINEY y JOURDAIN (*op. cit.*, p. 16).

La justificación de tal restricción del supuesto no sólo se encuentra en que es requerido por la normativa del aborto. En ocasiones, se encuentra en la idea implícita de que únicamente ante la presencia de un mal grave se puede reclamar haber sufrido un daño; idea que es correcta en los países cuyo sistema de aborto se apoya en un sistema de plazos, pues sólo ante la privación de la información de una enfermedad grave se puede hablar en general de una decisión adoptada sin conocimiento de factores relevantes (ver para esta exigencia en el sistema estadounidense, ANDREWS, *op. cit.*, pp. 157-158 o KELLY, *op. cit.*, pp. 547-548).

⁷³ . Según GÓMEZ PAVÓN (*op. cit.*, pp. 247-248), que trata de definir este concepto que varía con el avance científico y con el tiempo (como señala GOMBAULT, que considera que se trata de una noción subjetiva, *op. cit.*, p. 75), esta gravedad depende de la importancia, perdurabilidad y reparabilidad del mal en cuestión. Tal definición recoge también la del Tribunal Constitucional en sentencia 53/1985, de 11 de abril (FJ 10), cuando interpretaba el requisito de gravedad como aquél que «expresa, de un lado, la importancia y profundidad de la tara y, de otro, su permanencia en el tiempo». A esto añadía en el FJ 11 que en los casos de aborto embriopático se incluyen «verdaderos casos límite», lo cual da una idea de la gravedad que se exige.

En todo caso, no existe en la actualidad ningún parámetro o lista para determinar la gravedad de una enfermedad, pese a la previsión contenida por la Disposición Final Primera de la Ley 35/1988, por la que se encargaba al Gobierno la elaboración de una lista de enfermedades genéticas o hereditarias que pudieran ser detectadas a efectos de su prevención y terapéutica; listado cuya trascendencia de cara al aborto habría sido grande, al limitar las enfermedades detectables (como ponen de relieve EMALDI CIRIÓN, *El consejo...*, pp. 124-125 y ROMEO CASABONA, «Aspectos...», p. 167).

que el falso negativo vicia de tal forma la decisión de los progenitores que aunque ésta se adopta en un sentido, no es, en rigor, libre⁷⁴.

En este punto hay que tener en cuenta que no es frecuente —ni obligada— la práctica de diagnósticos preconceptivos, por lo que en muchas ocasiones los futuros progenitores ignoran datos relevantes en relación a la descendencia futura, teóricamente cognoscibles. Por ello, ha de estimarse que la caracterización de su decisión como «informada» ha de adecuarse a la situación concreta. La información que es requerida en cada caso para adoptar la decisión libremente no es la teóricamente disponible desde un punto de vista omnisciente, sino la que, en la práctica, pueda colocarse a disposición de los progenitores. Así, los progenitores que acuden a un diagnóstico preconceptivo amplían, de hecho, el ámbito de información que es necesaria para calificar de «informada» su decisión⁷⁵. Es ésta la información que permitirá calificar la decisión de los progenitores como consciente y libre.

Ahora bien, hay que hacer una puntualización respecto de la información que ha de ofrecerse en el caso concreto para considerar que la decisión adoptada es libre. Si bien es cierto que la libertad de procreación permite a los progenitores adoptar una decisión sobre la valoración de cualquier motivo, no parece justo exigir al facultativo poner en conocimiento de los progenitores todas las posibles incidencias sobre el *concepturus*; exigencia que, por otra parte, dificultaría y retrasaría enormemente el proceso de diagnóstico preconceptivo. Se contrapone, pues, el interés social en un correcto funcionamiento de la medicina al de los progenitores. El resultado es que este defecto en la información —que puede ser trascendente de cara a un incumplimiento contractual— no puede ser considerado suficiente para entender que se haya privado a los progenitores de su libertad de decisión.

Es necesario buscar, pues, un punto de equilibrio que tenga en cuenta los intereses

⁷⁴ . Por tanto, aunque en este caso se produce un ejercicio de la libertad de procreación (pues se ejercita en sentido positivo, lo que lleva a la concepción del niño), este ejercicio no se lleva a cabo en posesión de todos los datos relevantes y por ello se reclama por la privación de una decisión libre. Ahora bien, este vicio en la decisión adoptada no se puede poner en relación con la idea del error en el consentimiento contractual, puesto que en este caso no se trata de un consentimiento contractual, sino de una decisión que afecta únicamente a los progenitores en su esfera íntima. Así lo pone de relieve, por ejemplo, SÁNCHEZ GÓMEZ («es más correcto reservar la hipótesis de consentimiento viciado por error a los casos en que éste se ha producido para la formación del contrato»; *Contrato...*, p. 93).

⁷⁵ . Por ejemplo, en Francia los futuros matrimonios requieren un certificado prenupcial con ocasión del cual se debe practicar, entre otras pruebas, la relativa a la rubéola e informar a la futura esposa de los riesgos que van aparejados a la misma en relación con el embarazo, para que así pueda optar por vacunarse previamente al mismo. En cambio, destaca FINEL (*op. cit.*, p. 233) que tal información no se ofrece a las parejas de hecho,

en conflicto. Éste se encuentra en la exigencia de tal información únicamente sobre los riesgos de los que existan indicios —como ya se dijo— y que además se presenten como graves desde un punto de vista médico. No existirá «privación» cuando el falso negativo se refiera a riesgos o incidencias de carácter leve sobre la futura descendencia⁷⁶.

5. El principal problema al que se enfrenta esta teoría reside en aquello que se identifica como daño a través de ella. Concretamente, la cuestión se centra en determinar si la lesión reside —como aquí se pretende— en la privación de la decisión de procrear o de interrumpir el embarazo, o si —como parece sostener MARTÍN CASALS⁷⁷— en realidad lo lesionado es la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad, como fuente de la cual derivan la facultad de aborto embriopático o la libertad de procreación.

Ciertamente, se trata de una cuestión de cierta trascendencia, pues el enlace directo del daño con la lesión del artículo 10.1 CE facilita en cierto modo su identificación como daño. Aunque es cierto que nuestro sistema de responsabilidad no requiere la lesión de un derecho subjetivo como presupuesto del concepto de daño, la idea de que la privación de una mera facultad dé lugar a indemnización por responsabilidad podría ser puesta en duda sobre la base de la escasa entidad del interés lesionado; más incluso cuando se atiende a pronunciamientos como los de la STC 53/1985, de 11 de abril —en que se contemplaba tal facultad como una mera despenalización excepcional, un reconocimiento de una voluntad que viene derivado de la presencia de intereses que pesan más en el caso que los del propio embrión o feto⁷⁸—, y cuando se parte de un consenso más o menos generalizado de negar

pues no se someten a este procedimiento (aunque la autora lo aconseja, p. 234). El ámbito de información del que han de disponer en la práctica unas y otras parejas es, pues, diferente.

⁷⁶. El criterio de gravedad deberá ser el mismo que se emplee para determinar la posibilidad de aborto, como acuerda en señalar JOURDAIN («Réflexions...», p. 339). Como excepción a esto, para el supuesto concreto de la procreación artificial, considera PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», p. 278) que es posible la reclamación por daño moral ante el hecho del nacimiento de un niño de color distinto del de sus progenitores. Tal excepción se puede considerar justificada desde el momento en que se trata de un procedimiento en el cual interviene la propia actuación del facultativo en el proceso de concepción.

⁷⁷. *Op. cit.*, pp. 191-192. ROMERO COLOMA («La responsabilidad...», p. 127) parece alcanzar una conclusión similar cuando pone en relación el daño reclamado en estas acciones con el derecho a la libertad (que comprende la autonomía de la voluntad o libertad de autodeterminación).

⁷⁸. Para una crítica de esta sentencia, ver CALVO MELJIDE («Parte II...», pp. 274-275 y 280-281).

Interpuesta demanda de inconstitucionalidad contra el proyecto de ley de despenalización del aborto (que se convirtió en LO 9/1985, de 5 de julio), el Tribunal Constitucional consideró que los motivos de aborto previstos eran constitucionales (declarando únicamente la inconstitucionalidad en relación con la falta de ciertas garantías al respecto). Tras establecer rotundamente que «el derecho a la vida es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» y que, junto con la dignidad de la persona, se constituye «como *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos» (FJ 3), se limitó a afirmar que, desde la gestación, constituye un bien jurídico que, como tal, es protegido por el artículo

que el aborto sea un derecho de la mujer⁷⁹. Frente a ello, parece más sencillo apreciar un daño por la lesión de un interés amparado por un principio constitucional.

Ahora bien, este tipo de objeciones no son de recibo, pues en el fondo remiten a la idea de la restricción del concepto de daño a la lesión de un derecho subjetivo; presupuesto del que no parte nuestro Ordenamiento. Desde el momento en que se puede afirmar que la facultad de aborto es una posibilidad ofrecida por nuestro legislador, que –si bien no se califica de derecho– se puede ejercitar libremente en concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, la privación de la misma –como lesión de un interés protegido reconocido a la mujer– entra en contradicción con el Ordenamiento y requiere una indemnización. De hecho, así lo acepta parte de los autores españoles que estudian esta materia⁸⁰.

15 CE (FJ 5). De ello surgen dos obligaciones para el Estado: «la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida». Sin embargo, según el Tribunal Constitucional, esto no impide que el legislador tome en consideración situaciones de conflicto que afectan de forma específica a un ámbito determinado de prohibiciones penales, como es el caso de la vida del *nasciturus* frente a los intereses de la madre (que crean una situación sin parangón, dada la especial relación entre ambos). En este conflicto de intereses entre la mujer y el *nasciturus* examina el Tribunal Constitucional cada uno de los supuestos establecidos de despenalización del aborto, concluyendo en general (FJ 11) que deben primarse los intereses de la mujer. El *nasciturus* es un bien jurídicamente protegido, pero no es titular de un derecho a la vida que pueda ser opuesto a los intereses de su madre. Ahora bien, lejos de declarar la existencia de un derecho al aborto, se conformó el Alto Tribunal con sostener que estaba justificada una falta de penalización en esos casos, en atención a los intereses en juego (FJ 12).

La sentencia fue acompañada de cinco votos particulares (Magistrados J. Arozamena Sierra, L. Díez-Picazo, F. Tomás y Valiente, E. Rubio Llorente y Á. Latorre Segura y M. Díaz de Velasco Vallejo) en los que básicamente se criticaba la actuación del Tribunal Constitucional al pretender aconsejar al legislador cómo legislar, en vez de limitarse a un control constitucional negativo. El acuerdo de base sobre la constitucionalidad del aborto, sin embargo, estuvo presente en todos ellos, de forma explícita o implícita.

⁷⁹. Como ya se ha apuntado, existe un consenso generalizado de oposición al concepto de derecho, tanto entre la doctrina (por citar algún ejemplo, BUSTOS PUECHE, *op. cit.*, p. 1700; BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «4 de febrero de 1999...», p. 858 y «7 de junio de 2002...», p. 862; MARTÍN CASALS, *op. cit.*, pp. 201 y 204-205 y MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU, «Responsabilidad...», p. 1641; «Anticoncepciones...», p. 3 y «Sentencia...», p. 1111), como entre la jurisprudencia. En este último caso, en concreto, una de las sentencias de nuestro tema (4 de febrero de 1999) declaró: «ni de dichos preceptos (arts. 15 CE y 417 bis Cp), ni de la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, que reconoció la conformidad de la ley despenalizadora con el texto de la Constitución, puede colegirse la conclusión de que exista derecho al aborto, es simple opción a tomar por la interesada cuando concurren las condiciones legales».

Existen, no obstante, algunas excepciones, como en concreto, EMALDI CIRIÓN («La responsabilidad...», p. 1606; *El consejo...*, p. 245); GARCÍA RUBIO (*op. cit.*, p. 1212) o ROMERO COLOMA («La responsabilidad...», p. 119), que se refieren al aborto como derecho, aunque sin entrar a estudiar la cuestión. Entre la jurisprudencia menor, lo mismo ocurre con la SAP Madrid de 5 de mayo de 1998: «y en consecuencia le privó de la posibilidad de decidir lo que estimara más conveniente en virtud del derecho que el legislador le confiere en tales casos, por muy en línea o en desacuerdo que con tal derecho se pueda estar». La STS de 6 de junio de 1997, aunque inclinada hacia tal pronunciamiento (como señalan DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad civil...*, pp. 181-182; «La segunda...», pp. 150-151 y EMALDI CIRIÓN, «La responsabilidad...», p. 1608 y nota 43 y *El consejo...*, p. 256 y nota 421), no llegó a emplear expresamente el término «derecho».

⁸⁰. Frente al argumento esgrimido en derecho francés relativo a que el ordenamiento meramente tolera el aborto, lo que lleva a negar responsabilidad por su privación (ver VINEY y JOURDAIN, *op. cit.*, pp. 15-16), entre nuestros autores declara DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Responsabilidad civil...*, p. 177 y «La segunda...», pp. 143-

Por otra parte, con independencia de que la privación de la facultad de aborto o de la libertad de procreación lesione indirectamente el libre desarrollo de la personalidad, éste no es el objeto directo de la actuación del agente productor del daño. Si bien resulta patente la relación con estos principios constitucionales⁸¹, es dudoso, sin embargo, remitir a ellos la lesión por la que se reclama indemnización. Esto es así porque el daño se define por la lesión de un bien o interés, no por el efecto reflejo de tal lesión sobre el principio o derecho por el que tal bien o interés se relaciona con su titular⁸². Pese a que tal separación es más difícil de realizar cuando, como en este caso, nos encontramos frente a bienes o intereses inmateriales, ello no significa que no se pueda distinguir teóricamente entre la dignidad de la persona o el libre desarrollo de la personalidad y su concreción como libertad de procreación o facultad de aborto. Una vez individualizados como intereses de titularidad de un sujeto, la lesión se produce sobre ellos y no sobre el derecho del que emanan⁸³.

144) que no se puede negar que el Código penal faculta a la mujer para abortar con impunidad criminal, por lo que esta facultad es una opción jurídicamente tolerable, y que la discusión dogmática no debe llevar a negar esta posibilidad de actuación, aunque no sea como parte de un derecho. Del mismo modo, BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («4 de febrero de 1999», p. 858) afirma que el concepto de daño precisa simplemente una lesión de entidad material o psicológica en el bienestar de las personas. Por ello, en concurrencia de los requisitos de responsabilidad subjetiva y objetiva exigibles tal autor se muestra favorable a la indemnización de la privación del ejercicio de la facultad de aborto. En el mismo sentido, Díez-PICAZO GIMÉNEZ (*op. cit.*, p. 1702) y PÉREZ-TENESSA (*op. cit.*, pp. 56-57).

Entre la jurisprudencia, son destacables en concreto las palabras de la SAP Valencia en sentencia de 28 de noviembre de 1992 (que precedió a la STS de 6 de junio de 1997): «es indiferente que el aborto sea un derecho o un delito sin pena, porque en todo caso se trata de una opción de los padres que no desean afrontar el mantenimiento de un niño afectado del síndrome de Down».

⁸¹. Que existe una relación con estos derechos fundamentales y principios constitucionales que justifican el aborto (vida e integridad física de la madre, dignidad y libre desarrollo de la personalidad), como afirman MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Responsabilidad...», p. 1644; «Anticoncepciones...», pp. 11-12 y «Sentencia...», p. 1111), no se pone en duda. Lo que se cuestiona es si esta relación supone que la lesión se produce sobre tales derechos, o más bien que éstos se ven también afectados a la vez que se produce la privación de la que aquí se trata, como interés protegido en sí mismo. Los mencionados autores parecen entender lo primero: «el daño indemnizable se relaciona en tales casos con la lesión de aquellos derechos fundamentales o principios constitucionales que justifican la despenalización del aborto en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, [...] con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la madre (art. 10 CE) en los casos de aborto eugenésico» («Anticoncepciones...», p. 3); y «la conducta negligente del médico que ha impedido ejercitar la facultad de interrumpir legalmente el embarazo lo que lesiona es el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) de la madre y, en consecuencia, los daños indemnizables serán aquellos que deriven de dicha lesión» («Sentencia...», 1111). Nosotros, en cambio, lo segundo, puesto que la libertad de procreación y la facultad de aborto se constituyen como intereses inmateriales de la mujer, cuya lesión produce el daño. La afección de otros principios es un reflejo del mismo, no el daño en sí.

⁸². Por poner un ejemplo menos complicado que el que aquí se plantea, si un conductor choca contra un vehículo aparcado, produciendo en el mismo diversos daños, con tal comportamiento lesiona indirectamente también el derecho de propiedad del titular del vehículo; pero el daño de cara a la responsabilidad no es la lesión de este derecho, sino la incidencia que la actuación del responsable ha tenido sobre el estado del vehículo.

⁸³. En este sentido, afirma la SAN de 6 de junio de 2001 que se privó a la madre «de optar por la posibilidad, no delictiva en España, del aborto eugenésico. Esto implica que *lo lesionado fue una manifestación* de la

6. Afirmada la identificación de un daño en estos casos, hay que poner de relieve, sin embargo, que esta teoría lleva implícita una restricción de la legitimación activa en relación a la reclamación de responsabilidad por *wrongful birth*. El hecho de que el titular de la decisión sobre la que incide el comportamiento del profesional –o el evento por el que ha de responder– sea uno o ambos progenitores determina correspondientemente quién puede reclamar por *wrongful birth*⁸⁴.

Así, mientras que en el marco de la libertad de procreación –como regla general, y dejando al margen los casos en que únicamente uno de los progenitores sea designado como receptor del diagnóstico en cuyo seno se produce el falso negativo⁸⁵– quedan legitimados en la actualidad ambos progenitores⁸⁶, en relación a la decisión sobre la interrupción del embarazo únicamente la mujer queda legitimada activamente para reclamar por *wrongful birth*, puesto que sólo ella es titular de la facultad de decidir sobre el aborto en nuestro sistema, según el artículo 417 bis.1.3º Cp⁸⁷.

facultad de autodeterminación de la persona, ligada al principio de dignidad» [la cursiva es nuestra]. No obstante, la decisión podría conducir a confusión cuando posteriormente indica que el daño se identifica con «la valoración autónoma de la lesión de la facultad de autodeterminación que no pudo ejercer», si no se interpreta que en este caso la valoración autónoma se remite a la manifestación anteriormente indicada por el tribunal.

⁸⁴. En materia de responsabilidad, la legitimación activa la ostenta en principio (salvo transmisión *inter vivos*, *mortis causa* o disposición legal) aquél que ha sido dañado, esto es, el titular de los bienes o derechos lesionados (ÁLVAREZ VIGARAY, *op. cit.*, pp. 105-106 y FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, pp. 217-220).

⁸⁵. Con ello se hace referencia al caso hipotético de que la privación de información sobre los riesgos de la procreación futura se realice en el contexto de un diagnóstico individual sin pacto expreso de extensión del deber de la información al otro miembro de la pareja y cuyos resultados no se comuniquen igualmente al otro progenitor, por la negativa del paciente a tal comunicación. En este supuesto, la privación de la libertad de decisión habrá de entenderse referida únicamente al progenitor sometido a tal diagnóstico, pues ya se indicó que no existe un deber del profesional sanitario de desvelar el secreto médico en este contexto (aunque pudiera ser conveniente). Por ello, en tales situaciones no parece que se pueda hablar de privación de la libertad de procreación para el progenitor no afectado por el mal o defecto. La decisión que adopta se apoya en la información de la que tiene derecho a disponer. El déficit de información se plantearía, si acaso, frente a la conducta de la pareja, que no ha desvelado la existencia de un riesgo sobre la procreación futura.

⁸⁶. Se trata de una libertad individual que viene atribuida a toda persona como derivada de su dignidad y del libre desarrollo de la personalidad. Así lo afirman MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Responsabilidad...», p. 1645 y «Anticoncepciones...», p. 11).

⁸⁷. Existe, no obstante, una duda respecto a la reclamación en el supuesto de las mujeres embarazadas menores de edad. Con anterioridad a la Ley 41/2002, según ROMEO MALANDA, se entendía en general que era la propia mujer la que podía solicitar y consentir eficazmente la interrupción del embarazo, si a juicio del facultativo tenía madurez suficiente para comprender los riesgos y la naturaleza de la intervención («Parte II...», p. 5). La situación parece cambiar con la promulgación de tal norma, pues, a partir de su artículo 9.4, «parece querer decirse [que] en el caso de aborto quien tiene que otorgar el consentimiento y, por consiguiente, quien decide en caso de menores de edad son los padres o el representante legal de la menor».

En todo caso, aunque esto fuera así, tal previsión implica que el consentimiento de la mujer es ejercitado por sus representantes; pero no que sean ellos los titulares de la decisión. En tanto que la titular es en todo caso la mujer embarazada –cuyos intereses son los que se valoran– ha de entenderse que la privación de esta facultad por un falso negativo repercute sobre ella, no sobre sus representantes.

El progenitor, por el contrario, no puede reclamar haber sido privado de tal facultad de decisión, pues su voluntad no fue tenida en cuenta por el Ordenamiento al regular esta materia, ya que sus intereses no entraban directamente en el conflicto planteado⁸⁸ (presupuesto éste que es en cierto modo criticable en relación al motivo embriopático⁸⁹). No obstante, se reclama por parte de un sector doctrinal que en estos casos se conceda la reclamación de responsabilidad frente a ambos progenitores, puesto que el padre se ve también indirectamente afectado por la privación que sufre la mujer⁹⁰.

⁸⁸. STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 11). Pese a tratarse de uno de los motivos de impugnación en el recurso de inconstitucionalidad (se menciona en general en los motivos 4 y 7 y es contestado por el Abogado del Estado), el Tribunal Constitucional se limitó a declarar que no era inconstitucional la exclusión (FJ 13): «dado que la peculiar relación entre la embarazada y el *nasciturus* hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla». Tal afirmación pasó sin pena ni gloria en los cinco votos particulares que acompañaron a la sentencia, pese a que el argumento es en cierto modo débil.

Promulgaciones similares se encuentran también en el derecho extranjero. Así, en Estados Unidos la Corte Suprema ha sostenido que la mujer puede abortar sin el consentimiento o notificación al marido, incluso aunque con ello contradiga los planes de concepción de éste (casos *Planned Parenthood v. Danforth* y *Planned Parenthood v. Casey*; ver al respecto, FURROW, *et al.*, *op. cit.*, pp. 932-933). Del mismo modo, en Gran Bretaña tampoco se reconoce intervención del padre en esta decisión, pues se entrometería, además, en la relación paciente-médico (GRUBB, *op. cit.*, p. 246 o HAUBERICH, *op. cit.*, p. 37). Por lo que respecta a Italia, esta misma exclusión es destacada por FERRANDO (*Libertà...*, p. 206) que, de hecho, afirma que no existe posibilidad de reclamación por éste si de lo que se trata es de una lesión del derecho a la salud (p. 216). Finalmente, en Francia y Alemania, LUCIANI (*op. cit.*, p. 18) y PICKER («Wrongful birth...», p. 542), señalan que el padre no tiene pretensión de reparación si pretende fundar su reclamación en la privación del aborto.

⁸⁹. De hecho, ha sido criticado expresamente, entre otros, por CALVO MELIJE («Parte II...», pp. 268 y 277) que, no sin cierta ironía, señala: «los padres no sufren ni se afligen por tener hijos con taras físicas o psíquicas, sólo sirven para la ejecución del hecho puramente animal de la cópula, quedando excluidos de derechos, obligaciones y sentimientos».

Tal crítica, en realidad, sólo resulta de recibo en el caso del aborto embriopático —pues en el terapéutico y en el ético parece obvio que es la mujer la directamente afectada—, sobre todo si se parte, como hizo la STC 53/1985, de 11 de abril, de que el fundamento de la despenalización residía en que en estos casos «el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia». A partir de ahí, la única justificación de excluir una voluntad del progenitor reside en que la interrupción voluntaria del embarazo implica una intervención en la integridad física de la madre, por lo que es su consentimiento el que debe ser definitivo, al margen de la implicación de otros intereses.

⁹⁰. En concreto, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU consideran que la responsabilidad en estos casos se debe conceder frente a ambos progenitores, a pesar de que la titularidad de la facultad de decisión sea de la mujer. Esto es así porque la lesión de ella provoca *par ricochet* un daño material y moral para el padre («Sentencia...», p. 1118). Igualmente ha sido frecuente este tipo de construcciones jurídicas en el derecho italiano. Así, por ejemplo, FERRANDO («Nascita...», pp. 235 y 237) declara que el progenitor sufre un daño derivado de la obligación de alimentos que pesa sobre él, y añade en una obra posterior que el hecho de que no posea poder de decisión sobre el aborto no significa que no se vea afectada su libertad de autodeterminación (*Libertà...*, p. 217) y MARASCO («Danno psichico: oltre la malattia mentale?», *Contratto e impresa*, 2000 (1), p. 338, con cita de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 1 de diciembre de 1998) afirma la posibilidad de estimar el daño del padre como derivado o daño reflejo del daño a la salud de la madre por la privación del derecho al aborto (siempre que éste existiera en el caso). De hecho, esta pretensión fue reconocida también por el *Tribunale di Bergamo* (sentencia de 2 de noviembre de 1995) como «danno alla salute».

Finalmente, en el caso de Alemania, afirma WEBER (*op. cit.*, pp. 48-49) que el padre entra en el ámbito del contrato, a través del llamado contrato con efecto protector para tercero, a partir del cual puede reclamar por los gastos aparejados al nacimiento del niño.

Esto último, sin embargo, no se puede aceptar si lo que se pretende es afirmar un daño de rebote, derivado del daño que le supone a la víctima inicial la privación de una facultad o de una libertad. Si bien, como se verá posteriormente, este tipo de daños ha sido admitido en nuestro Ordenamiento, tal admisión se realiza de forma restringida a los daños que derivan para un sujeto de la privación de la vida o la lesión a la integridad de otro. La ampliación que aquí se pretende supone dar un gran paso desde este punto de partida, paso que es difícil de aceptar, sobre todo si se tiene en cuenta que este daño de rebote se puede predicar de forma más acorde con las tendencias en materia de responsabilidad a partir del daño que experimenta el niño como víctima directa. De ahí que haya que admitir que respecto de este daño sólo quede legitimada para reclamar la madre, sin perjuicio de que el padre pueda exigir una reparación por otra vía.

2.2.1.2. Pérdida de oportunidades (*perte de la chance*)

1. Diferente del anterior es el argumento que identifica el daño a través de la teoría de la *perte de la chance*; doctrina de origen francés, pero aceptada entre nuestros autores⁹¹, que se emplea fundamentalmente como instrumento para afirmar un daño allí donde la privación de un determinado resultado beneficioso no puede acreditarse con certeza como derivada de la actuación de un sujeto (motivo por el cual el daño se identifica con la privación de la oportunidad de que dicho resultado se hubiera podido materializar)⁹².

⁹¹ . Esta teoría surge entre la doctrina francesa, como un tipo especial de daños (CHABAS, «La perte d'une chance en droit français», en *Développements récents du droit de la responsabilité civile (Colloque)*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1991, p. 133) y es aceptada actualmente por la jurisprudencia de dicho país (VINEY y JOURDAIN, *op. cit.*, pp. 74-79), especialmente una vez que la práctica del seguro muestra el valor pecuniario de las probabilidades (CARBONNIER, *op. cit.*, p. 388). Del mismo modo, en nuestro país, esta teoría es aplicada por doctrina y jurisprudencia, aunque cautelosamente, según VICENTE DOMINGO (*Daños corporales...*, pp. 42-43 y 45; «El daño...», pp. 213-215) y generalmente asumiendo la elaboración francesa, como señala MARTÍN CASALS (*op. cit.*, p. 199).

⁹² . Tal y como lo definen DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (*op. cit.*, p. 1706) y MARTÍN CASALS (*op. cit.*, p. 199) el daño consiste en «la desaparición de la probabilidad de un evento favorable, siempre que esa oportunidad apareciera como suficientemente seria». Se trata, pues, de un supuesto en el que el sujeto lesionado se encuentra en la situación jurídica idónea para lograr beneficios o ganancias en el futuro o evitar pérdidas (JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, 4ª edición, Dalloz, Paris 1998, p. 140); esperanza que queda frustrada definitivamente por el evento dañoso. Según resume MARTÍN CASALS (*op. cit.*, pp. 199-200), los presupuestos de esta doctrina son:

- Pérdida de la oportunidad de que un evento favorable se materialice. Tal y como remarcan CHABAS («Perte...», p. 141); MAZEAUD y MAZEAUD (*op. cit.*, pp. 56, 62 y 73); PENNEAU (*Médicale...*, p. 116) o VICENTE DOMINGO, *Daños corporales...*, pp. 130-131), este perjuicio es cierto y no eventual (lo que tiene importancia en tanto que la certeza es un requisito del daño en todos los sistemas de responsabilidad).

Aplicado a las acciones de *wrongful birth*, se afirma que el daño reside en haber perdido los progenitores la oportunidad de evitar una pérdida: en concreto, la oportunidad de haber evitado el nacimiento de un niño discapacitado y, con ello, los gastos patrimoniales extraordinarios y los daños morales que van aparejados a él⁹³. Con ello, se conecta el comportamiento del profesional sanitario con el hecho del nacimiento del niño a través de la idea de la oportunidad perdida⁹⁴.

- Cierta grado de probabilidad de que se materializase la oportunidad (se habla de una oportunidad real y seria. En caso de que se trate de meras hipótesis, los tribunales podrán rechazar la demanda). Según explican YZQUIERDO TOLSADA («Sentencia...», pp. 537-538; *Sistema...*, p. 153) y ZANNONI (*El daño...*, pp. 74-76), existen a la vez un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre: certeza de que, de no mediar el evento dañoso, el damnificado habría mantenido la esperanza en el futuro, que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial; pero, a la par, incertidumbre –definitiva ya– de que manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la *chance*, la ganancia se habría en realidad obtenido, o la pérdida se habría evitado. Del mismo modo, indican VINEY y JOURDAIN (*op. cit.*, p. 73) que la oportunidad es aleatoria (no se puede afirmar si se habría producido o no el evento favorable); pero esto no significa que no sea real.

- La materialización del evento favorable es fortuita (la oportunidad en sí misma es aleatoria y no debe existir nada que permita establecer que si el evento que impide a la víctima obtener la ganancia o evitar la pérdida no hubiera ocurrido, la ganancia se hubiera obtenido o el mal se hubiera evitado. Esto impide la prueba de una relación de causalidad entre el resultado de la ocasión perdida y la actuación culposa, pues este resultado es aleatorio). Como especialmente destaca CHABAS («Perte...», pp. 131, 133 y 139), la aleatoriedad es una característica esencial de este tipo de daños.

⁹³. Sobre esta base, puede rechazarse la primera objeción que opone MARTÍN CASALS (*op. cit.*, p. 200) a la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidades: la calificación del nacimiento como una pérdida que se podría haber evitado (o el aborto como evento favorable), hace regresar al problema que se buscaba evitar a través de la separación entre el niño y el daño. En cambio, si se considera que la oportunidad perdida no es el hecho del nacimiento, sino los gastos que lleva aparejados, sobre la base de la *Trennungslehre* habrá que negar que con ello se califique de daño a la vida o al niño.

Aplicando lo que afirma en general YZQUIERDO TOLSADA, acerca de que antes de perderse la oportunidad existía una certeza sobre la probabilidad que ahora ya ciertamente no existe («Sentencia...», p. 538), antes del comportamiento del profesional sanitario existía una oportunidad de evitar estas pérdidas patrimoniales (a través de la interrupción voluntaria del embarazo o la opción por la no procreación) que tras dicho comportamiento ya no existe. Tanto la oportunidad, como la pérdida de la misma es un hecho cierto, por lo que puede integrarse dentro de este tipo de teoría de responsabilidad.

⁹⁴. Con una diferencia ciertamente de matiz, el daño se podría identificar en el hecho de no haber abortado o haber concebido al niño, con lo que se reclamaría no por una pérdida de oportunidad, sino por este resultado en sí. Tal matiz, de hecho, se encuentra presente en las palabras de diversos autores extranjeros (COHEN, *op. cit.*, p. 218; DEWITT ROGERS, *op. cit.*, p. 716; LYSAGHT, *op. cit.*, p. 9; LUNNEY y OLIPHANT, *op. cit.*, p. 110 o SÉRIAUX, *Droit...*, p. 474: «le préjudice consisterait donc ici à n'avoir pas pu avorter»). Igualmente, entre nuestros autores, DE ÁNGEL YÁGÜEZ parece recoger esta teoría («La segunda...», p. 153: «el daño consiste en que la madre no pudo hacer uso del aborto como medio para atajar la contrariedad de un hijo enfermo»), aunque no se adhiere a ella («Diagnósticos II...», pp. 147 y 151; «La segunda...», p. 130 y «Responsabilidad...», p. 195). Por otro lado, en opinión de MARTÍN CASALS (*op. cit.*, p. 197), ésta fue también la línea argumental del Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de junio de 1997 (que se refiere a la disposición de la madre a interrumpir el embarazo), si bien en las posteriores de 4 de febrero de 1999 y de 7 de junio de 2002 rechazan, al menos, la existencia de relación de causalidad.

El problema de esta matización en la determinación del daño, sin embargo, reside en que la separación entre el hecho de la vida del niño y el daño no se produce de forma clara (decir que los progenitores consideran un daño no haber podido evitar el nacimiento de su hijo es muy similar a decir que tal nacimiento es en sí un daño). Además, como señala DE ÁNGEL YÁGÜEZ, esta demanda pretende afirmar «cursos causales no veri-

2. De hecho, este enfoque ha encontrado cierto predicamento entre la doctrina⁹⁵. Por un lado, se trata de una teoría a través de la que se facilita la acreditación no sólo del daño, sino también del nexo causal. Éste se establece entre el comportamiento negligente del profesional sanitario y el daño por la privación de la oportunidad (la no evitación de las pérdidas patrimoniales que conlleva el nacimiento del niño discapacitado)⁹⁶. Por otro lado, aunque el daño se remite a un concepto abstracto —como es la oportunidad perdida⁹⁷—, se trata de una teoría reconocida (a diferencia de la identificación del daño en la privación de la decisión sobre la facultad de aborto o sobre la libertad de procreación).

La desventaja que ofrece frente a la anterior teoría, sin embargo, es que este argumento aproxima más el daño al hecho del nacimiento del niño que lo que supone la tesis de

ficables», ya que entre la actuación negligente y el pretendido resultado dañoso se interpone la voluntad de la madre que puede o no actuar en el sentido que aquí se pretende («Diagnósticos II...», pp. 146 y 149; *Responsabilidad civil...*, p. 165; «La segunda...», p. 127; «Responsabilidad...», p. 195 y «La tercera...», p. 191). De hecho, realmente no se conoce, ni se puede conocer, cuál habría sido la decisión de los progenitores en la situación concreta. Por ello, se trata de un matiz que no ha de ser considerado.

⁹⁵. Se declaran partidarios de esta teoría como argumento para identificar el daño en las acciones de *wrongful birth*, entre otros, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad civil...*, p. 244; FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, pp. 213, 216); VICENTE DOMINGO («El daño...», p. 253) e YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, pp. 154-155).

Fuera de nuestras fronteras, esta tesis es adoptada también por el estadounidense DOBBS (*op. cit.*, p. 793: «the wrongful birth plaintiff does not recover for the genetic defect itself but for the loss of the choice to terminate the pregnancy and the damage that flow from that loss»); GOMBAULT (*op. cit.*, p. 76); MALICIER, MIRAS, FEUGLET y FAIVRE (*op. cit.*, p. 28, que hablan de la «perte de chance d'éviter la naissance»); TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE (*op. cit.*, p. 634) y SEYMOUR (*op. cit.*, pp. 87 y 93, si bien su aceptación en ocasiones se confunde con las acciones de *wrongful conception*, que trata conjuntamente con las de *wrongful birth*).

⁹⁶. De hecho, ha sido frecuente en el derecho francés el empleo de esta teoría no sólo como vía de facilitación de la acreditación del daño, sino también de la relación de causalidad, especialmente en materia médica (aunque no por ello queda libre de críticas, como ponen de relieve VINEY y JOURDAIN, *op. cit.*, pp. 197-199), en concreto, en relación a la pérdida de la oportunidad de sobrevivir o de curarse (ver al respecto, PENNEAU, *Médecin...*, pp. 31-34). Esta tendencia es constatada, por ejemplo, por CARBONNIER (*op. cit.*, pp. 378 y 388), JONÁS (*op. cit.*, p. 16); los MAZEAUD y CHABAS (*Leçons de Droit civil*, Tomo II, Volumen I, 9ª edición (a cargo de F. Chabas), Montchrestien, París 1998, pp. 430 y 654-655) o VINEY y JOURDAIN (*op. cit.*, pp. 77, 197). El mismo uso se aprecia en el derecho anglosajón como destaca HAUBERICHS (*op. cit.*, p. 74).

Pero también nuestros autores han percibido de forma implícita o explícita la facilitación del nexo causal que se logra a través de esta vía, pues no es necesario enlazar el comportamiento dañoso con la oportunidad perdida, sino con el hecho de la pérdida (entre otros, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Previsiones...*, pp. 82-84, «La segunda...», p. 153 y *Responsabilidad civil...*, p. 244; GONZÁLEZ MORÁN, *op. cit.*, p. 128; LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, p. 242 o YZQUIERDO TOLSADA, *Profesional liberal...*, p. 332).

⁹⁷. De hecho, se critica de esta teoría la indeterminación que plantea en relación a la indemnización (DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad civil...*, p. 245; e YZQUIERDO TOLSADA, «Sentencia...», p. 539). En concreto, existe un debate respecto de la indemnización de este daño, pues se duda acerca de si lo que ha de indemnizarse es la privación en sí de la oportunidad (fijada en relación a la oportunidad perdida, según su mayor o menor grado de probabilidad), o la propia oportunidad perdida. La primera opción parece ser la que se acepta de manera mayoritaria tanto en Francia, donde se suele prestar especial atención a las probabilidades que existían de obtener la oportunidad perdida (JOURDAIN, *Principes...*, p. 141; MAZEAUD y MAZEAUD, *op. cit.*, pp. 62 y 73; los MAZEAUD y CHABAS, *op. cit.*, pp. 416-417 y 428; TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE, *op. cit.*, p. 632 y VINEY y JOURDAIN, *op. cit.*, p. 84), como entre nuestros autores (BUSTO LAGO, *La antijuridicidad...*, p. 77 e ILLESCAS RUS, *op. cit.*, p. 256).

la privación de la decisión (pues el daño reside en no haber podido evitar el daño que supone o que va aparejado al nacimiento), con lo que podría entrar en conflicto con el rechazo general de la identificación del daño en el hecho de la vida del niño.

3. La duda se encuentra, además, en si los postulados de la teoría de la *perte de la chance* se adecuan al supuesto de hecho de las acciones de *wrongful birth*:

- Por un lado, se dice que esta teoría suele referirse a la pérdida de oportunidades de tipo patrimonial; sin embargo, la pérdida de la oportunidad de abortar, o de no concebir, como facultad o libertad que emana de la libertad de la mujer y el libre desarrollo de la personalidad, carecen de contenido patrimonial directo. No obstante, tal argumentación es dudosa, pues no hay motivo para limitar la aplicación de tal daño al daño patrimonial⁹⁸.

- Por otro lado, lo que es más relevante, se critica la propia idea de oportunidad. En concreto, señala MARTÍN CASALS que en los casos de *wrongful birth* no existe una verdadera oportunidad perdida respecto del nacimiento y los gastos consiguientes, al residir la decisión del aborto en la madre y no en un evento incierto o aleatorio⁹⁹. Así pues, en realidad, la evitación o no de los gastos que se califican de oportunidad perdida no habría dependido del azar o de la suerte sino, en última instancia, de lo que la madre hubiera decidido de haber podido hacerlo (idea que se puede trasladar igualmente a la decisión relativa a la concepción, que dependía en todo caso de la decisión de los progenitores, no de un evento ajeno a su control). Por tanto, no se privó a la mujer de la oportunidad de evitar el nacimiento y los gastos aparejados a él (como evento incierto o aleatorio), sino de la posibilidad de decidir al respecto, lo que remite al argumento anterior.

⁹⁸. Así, por ejemplo, si bien ZANNONI (*El daño...*, pp. 76 y 77) se refiere a «interés patrimonial» o «beneficio patrimonial», en realidad es más correcto afirmar con VON BAR (*Vol. II*, p. 466) que el hecho de que esta teoría se haya aplicado especialmente a supuestos contractuales es probablemente una mera coincidencia. De hecho, nuestro Tribunal Supremo ha aplicado al ámbito del daño corporal esta teoría, por ejemplo, en la sentencia de 10 de octubre de 1998 (paso adelante que es aplaudido por YZQUIERDO TOLSADA; «Sentencia...», p. 537). Por tanto, esta objeción puede perder su fuerza en el futuro, si es que no la ha perdido ya.

⁹⁹. *Op. cit.*, pp. 200-202: «there is no real chance in the sense of this doctrine as the mother can effectively decide about the outcome, that is, whether to abort or not to abort, which would be the relevant event that would bring the "gain" or avoid the "harm"» (igualmente, junto a SOLÉ FELIU, en «Sentencia...», p. 1115).

La idea se enuncia también en el derecho francés por LUCIANI (*op. cit.*, p. 19: «pour la mère on ne saurait raisonner en termes de perte d'une chance puisque la décision de recourir à une interruption volontaire de grossesse ne présente pas pour elle de caractère aléatoire»); así como por CHABAS («Note...», p. 2310: «les chances sont quelque chose d'objectif et ne peuvent être sous la dépendance exclusive de la décision d'une personne») o MATHIEU (*op. cit.*, p. 384 nota 13: «il s'agit alors, à proprement parler, plus d'une perte de choix que d'une perte de chance»).

De hecho, sólo se podría hablar de pérdida de oportunidad si la decisión de la madre no fuera suficiente para permitir la interrupción del embarazo (o la decisión de los progenitores no fuera suficiente en materia de procreación futura); pero no es ésa la situación del derecho español, donde, en concurrencia de los presupuestos del artículo 417 bis.1.3º Cp (cuya presencia tampoco depende del azar, sino que es un dato fáctico), no se precisa más que la voluntad de la madre para la despenalización de esta conducta¹⁰⁰.

- Finalmente, la teoría de la pérdida de oportunidades precisa para su apreciación que la víctima estuviera en una situación fáctica o jurídica idónea para aspirar a convertir en hechos las oportunidades de las que alega haberse visto privado¹⁰¹. Esto impide calificar de pérdida de oportunidades al evento dañoso que lo que produce es la privación al sujeto de la situación idónea para acceder a una oportunidad.

Desde este punto de vista, resulta difícil determinar hasta qué punto la mujer se encontraba en la situación jurídica idónea para aspirar a la oportunidad por la que reclama, desde el momento en que se parte del supuesto de un falso diagnóstico que impide, precisamente, la aplicación del artículo 417 bis.1.3º Cp. El comportamiento del profesional sanitario priva a la mujer de la posibilidad de colocarse en la situación idónea para evitar la pérdida aparejada al nacimiento del hijo, no de la oportunidad en sí de evitar tal pérdida.

¹⁰⁰ . Frente a esto, DE ÁNGEL YÁGÜEZ («La segunda...», pp. 152-154) argumenta: «cuando a la madre gestante se le impide ejercitar su opción de abortar, se le causa un daño injusto. Y no me parece convincente el argumento de que la relación de causalidad se ve empañada por el hecho de que en la “cadena” que la constituye existe un eslabón que queda a la voluntad de la propia madre [...] Si las cosas no fueran como acabo de decir, no habría ningún caso en que quien da un consejo o una recomendación respondiera por haberlos dado de forma culposamente incorrecta: siempre cabría argüir que no se sabe cuál habría sido el proceder del “aconsejado” si la información hubiese sido correcta», estableciendo a continuación como «muy defendible» la aplicación de la teoría de la *perte de la chance*. No obstante, en realidad mezcla aquí el autor dos cosas diferentes: el curso causal hipotético o inverificable (problema que se tratará posteriormente) y la teoría de la pérdida de la oportunidad. Que no se sepa qué habría hecho el informado no es argumento que apoye la existencia de una *chance*, sino más bien lo contradice, pues demuestra que la decisión corría a su cargo.

No obstante, hay que poner de relieve que esta confusión es común (aunque no por ello correcta). Así, por ejemplo, SEUBA TORREBLANCA califica de pérdida de oportunidad la privación de información previa al consentimiento informado («Sentencia...», p. 743). Dado que con dicha privación el único daño existente sería «la pérdida de la oportunidad para decidir sobre la conveniencia o no de la intervención», no hay oportunidad alguna, pues se trata de una decisión que depende de la propia víctima, de manera que, de no haberse producido el comportamiento negligente, no se hablaría de oportunidad, sino de adopción de decisiones. Pese a ello, JOURDAIN (*Principes...*, p. 141) relata que en el caso de una conducta negligente que consiste en un déficit de información o consejo, los tribunales han indemnizado también la pérdida de la oportunidad de adoptar una decisión informada que podía evitar un perjuicio (aun cuando la adopción de una decisión no depende de la suerte, sino de la propia voluntad del sujeto).

¹⁰¹ . Tal requisito es recogido por VINEY y JOURDAIN (*op. cit.*, p. 81), que se refieren también a que la jurisprudencia francesa exige que la oportunidad se presentara como *réel et sérieuse* (lo que excluye los casos en

4. La conclusión es, pues, que resulta difícil arbitrar el daño en las acciones de *wrongful birth* a través de la teoría de la pérdida de oportunidades, cuando van referidas a la decisión de aborto o de concepción, principalmente porque no existen verdaderas oportunidades perdidas en estos casos.

2.2.2. Daño por lesión del derecho de información

1. Como se ha repetido anteriormente en numerosas ocasiones, el presupuesto de las acciones de *wrongful birth* consiste en una actuación de un profesional sanitario o en un evento que le es imputable subjetivamente y que tiene por consecuencia la formulación de un falso negativo, sea por error en la información emitida o por omisión de ésta. Si bien ya se ha visto que tal evento o comportamiento no siempre se relaciona con el deber de información en sí —como deber derivado de la *lex artis*—, el resultado en estos casos siempre se manifiesta como una deficiencia en la información que obtienen los progenitores respecto del estado de salud de la descendencia concebida o por concebir¹⁰².

La cuestión que aquí se plantea es si este defecto puede constituir en sí mismo un daño como lesión al derecho a la información que asiste a cada paciente en relación a la prestación de servicios médicos. Se trata de un argumento infrecuente, que es apuntado ocasionalmente por la doctrina y la jurisprudencia para afirmar un daño¹⁰³; pero que tam-

que no se encontraba la víctima en posición de obtener la ganancia o evitar la pérdida). Igualmente, YZQUIERDO TOLSADA («Sentencia...», p. 1354; *Sistema...*, p. 153) y ZANNONI (*El daño...*, pp. 81 y 82).

¹⁰² . Así lo declara también, por todos, GALÁN CORTÉS («La acción...», p. 14): «en estos supuestos lo que se aborda, en síntesis, es la falta de información adecuada a los usuarios sobre el estado del feto, caso de hallarse ya engendrado, y su previsible situación al nacimiento, o sobre la posibilidad o certeza de, caso de generarse, nacer con una serie de taras».

¹⁰³ . Ejemplo de ello lo constituye en el derecho comparado el caso estadounidense *Robak v. United States*, donde se considera que la negación de la información causa un daño a los pacientes. En nuestro país, esta visión la adopta la STS [3ª] de 4 de abril de 2000, que considera en el caso concreto que la situación de inconsciencia provocada por la falta de información «supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención».

Por otra parte, entre nuestra doctrina se pueden encontrar ciertas tendencias hacia la identificación de este daño, si bien generalmente se inclinan por afirmar que el defecto de información puede generar responsabilidad, no que sea un daño en sí. Así, UREÑA MARTÍNEZ (*op. cit.*, p. 1110) afirma que doctrina y jurisprudencia se muestran pacíficas respecto de la existencia de responsabilidad por falta de información, citando diversa jurisprudencia relativa a tal principio (sin embargo, se trata de sentencias, como la de 25 de abril de 1994, en las que se acepta la existencia de un deber de información a cargo del profesional sanitario cuyo incumplimiento le obliga a responsabilizarse del daño causado, no en las que se diga que tal privación de información sea por sí misma un daño). Finalmente, aunque las palabras de SÁNCHEZ GÓMEZ («Sentencia...», p. 1064) parecen aproximarse más a esta idea («son numerosos los casos de daño moral producido por falta de información del médico respecto a determinados extremos de la actividad a realizar»), se mantiene la duda sobre si el daño moral es la privación de la información o si ésta es sólo la causa del daño.

bién ha sido negado implícitamente —si bien con escaso fundamento— para las acciones de *wrongful birth* por la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997¹⁰⁴.

2. Es la conjunción de tres factores lo que permite plantearse la calificación de la privación de este derecho como daño resarcible: por un lado, el entronque de este derecho del paciente con importantes derechos fundamentales y principios constitucionales de los cuales emana (fundamentalmente, la dignidad de la persona y la autonomía de la voluntad, así como la vida e integridad física del paciente); por otro lado, la importancia de este derecho en el ámbito sanitario¹⁰⁵ y, finalmente, la doctrina del Tribunal Supremo sobre el derecho a la salud (como posible daño resarcible¹⁰⁶).

A partir de aquí, la identificación del daño se realiza de forma paralela al esquema desarrollado sobre el daño por privación de la libertad de procreación o de la facultad de

La doctrina extranjera, parece algo más expresiva al respecto. Según el suizo MANNSDORFER (*op. cit.*, p. 100), «una infracción de este deber de información puede, *por sí misma*, fundamentar la responsabilidad del médico» [la cursiva es nuestra], una afirmación que podrá ser aceptada siempre y cuando no se refiera a que el mero incumplimiento origina la responsabilidad.

¹⁰⁴. Declara en concreto el Tribunal Supremo que no ha lugar a la infracción del artículo 10.5 LGS y del artículo 9 del RD 2409/86, de 21 de noviembre (que regula los centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo), por tratarse de normas que *per se* tienen una naturaleza decididamente enfocada al orden administrativo.

Ahora bien, aunque se admitiera tal afirmación respecto al RD 3409/86, ésta no es admisible por lo que respecta al artículo 10.5 LGS. El derecho de información no se establece como una mera previsión administrativa de garantía del particular frente al Estado o de control por el Estado de la actuación médica. Por el contrario, trasciende a esta garantía o control (por otra parte prácticamente inexistentes) y se manifiesta como reflejo en la esfera sanitaria de importantes derechos de las personas, creado, pues, en atención a éstos. Así, de hecho, discute este punto de partida de la sentencia GALÁN CORTÉS («La acción...», p. 12), que recuerda la existencia de reiteradas sentencia de la propia Sala 1ª del Tribunal Supremo que fundamentan su fallo en el artículo 10.5 LGS.

¹⁰⁵. La importancia es tal que incluso hay quien lo califica de derecho fundamental del paciente (EMALDI CIRIÓN, *El consejo...*, p. 183; PLAZA PENADÉS, *op. cit.*, p. 67 o STS de 11 de mayo de 2001) o de derecho natural (GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO, *op. cit.*, p. 118). Otros, en cambio, se limitan a destacar su importancia como derecho básico en el sistema sanitario (MARTÍN BERNAL, *Responsabilidad...*, p. 344). Frente a ellos, ATAZ LÓPEZ (*op. cit.*, p. 61), aunque admite la importancia de la disposición sobre el propio cuerpo, niega que se trate de un derecho de la personalidad o de un derecho subjetivo, sino que afirma que es más bien una manifestación de la libertad humana, puesto que el ser humano «es el sujeto de los derechos, y no puede ser su objeto, ya que, como se dice, la persona está fuera del comercio».

En todo caso, SEUBA TORREBLANCA («Sentencia...», p. 728) advierte de las consecuencias jurídicas de la caracterización que se dé a este derecho: «en el lenguaje jurídico [...] cada palabra tiene un significado concreto que es generalmente reconocido por toda la comunidad jurídica, pudiendo resultar desconcertante (o estéril) utilizar términos vacíos».

¹⁰⁶. En este sentido, la STS de 19 de junio de 1990 concede indemnización por el daño causado por la lesión al derecho a la asistencia médica (idea que es reiterada en la STS de 7 de mayo de 1997). Con ello, como destaca PARRA LUCÁN («19 de junio de 1990...», p. 868 y 869), da claramente la impresión de que el Tribunal Supremo reconoce que el artículo 43 CE configura un derecho cuya sola violación ya causa daño. A partir de aquí, en la medida en que el derecho de información entronca también con el citado precepto, habrá que entender que su conculcación pueda ser considerada, al menos, un daño moral (más todavía cuando el derecho a

aborto: se hurta a su titular un derecho proclamado por la ley, hurto que incide sobre la esfera íntima del sujeto (que desconoce una información relevante para su autodeterminación personal) y que constituye, por tanto, un daño moral. Sin embargo, la identificación de la lesión del derecho a la información como daño resarcible en sí mismo considerado resulta, como veremos a continuación, dudosa.

3. Este derecho, en cuyo reverso se encuentra el deber de información del profesional sanitario ya examinado, se encuentra regulado en la actualidad por la Ley 41/2002, cuya Disposición Derogatoria Única deroga expresamente los apartados 5, 6, 8, 9 y 11 del artículo 10 LGS¹⁰⁷. El hecho de que se proclame su aplicación a los centros y servicios sanitarios públicos y privados (artículo 1¹⁰⁸) confirma la opinión de que es la norma que va a ser aplicada a cualquiera de los supuestos en los que, a partir del 16 de mayo de 2003 (fecha de su entrada en vigor, según la Disposición Final Única), se presente un caso de *wrongful birth* o *wrongful life*.

4. Una vez constatado el juego de este derecho en el ámbito sanitario para afirmar la lesión del mismo como daño por el que reclamar en el caso de *wrongful birth*, es necesario comprobar cuál de las facetas del derecho a la información se ve conculcada en estos casos. La doble perspectiva de la información, brevemente esbozada desde el punto de vista de ésta como deber, también se plantea cuando se contempla como derecho del paciente, ámbito en el que, incluso, se ha consagrado actualmente de forma expresa a través de la regulación de la Ley 41/2002, donde se regulan ambas facetas por separado y con ciertas diferencias de matiz¹⁰⁹. Así, es posible distinguir entre su papel como legitimador de la inter-

la información entronca con otros derechos de los considerados fundamentales). De hecho, según ABEL LLUCH (*op. cit.*, p. 2), este reconocimiento se encuentra ya en las SSTs de 12 de enero y 11 de mayo de 2001.

¹⁰⁷ Según indica la Exposición de Motivos de la Ley, la reforma en esta materia era necesaria tras la suscripción por España del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (suscrito el día 4 de abril de 1997 y en vigor desde 1 de enero de 2002). Añade a esto ROMEO MALANDA («Parte I...», p. 1 y «Parte II...», p. 6) que la necesidad de reforma también venía siendo exigida desde hacía mucho por la doctrina.

¹⁰⁸ De todas formas hay que señalar que tal previsión no es una novedad, pues pese a que la LGS se establece como regulación del sistema de sanidad pública, ya su artículo 10.15 disponía la extensión al ámbito privado de los derechos del paciente contemplados en los apartados 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 11 del artículo 10 (derechos entre los que se contaba el derecho a la información y el consentimiento informado: 10.5 y 10.6).

¹⁰⁹ Concretamente, la ley regula en un capítulo diferente el consentimiento informado (Capítulo IV) y la información sanitaria (Capítulo II). Además, establece para ambas un contenido en cierto modo distinto, en cuanto a la extensión de la información o, más bien, en cuanto a su concreción. Efectivamente, en relación con la información sanitaria, el artículo 4.1 de la citada norma prevé: «La información [...] comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias». Frente a ello, en relación con la información previa a la emisión del consentimiento previo, dispone el artículo 10.1: «El fa-

vención sanitaria sobre la integridad física del paciente (a través de la prestación de un consentimiento informado y el respeto consiguiente a la autonomía de la voluntad del paciente)¹¹⁰ y su papel como derecho de información puro para la libre determinación del paciente (denominado derecho de información sanitaria por la ley)¹¹¹.

Este segundo es el que parece desempeñar principalmente el derecho a la información en las acciones aquí estudiadas, como ya se indicó, ya que de lo que se trata es de que los progenitores conozcan la información sobre el estado de su descendencia concebida o por concebir, a fin de que puedan autodeterminar su conducta y adoptar decisiones libres y conscientes en relación a esta situación¹¹². La privación del derecho de información, por tanto, se manifiesta respecto de su función como presupuesto de la libertad de autodeterminación: se impide a los progenitores adoptar una decisión informada sobre su conducta futura, no sobre una intervención concreta para la que se requiera su consentimiento¹¹³.

cultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. d) Las contraindicaciones».

Si bien en el fondo los elementos de esta información son similares –naturaleza, riesgos y consecuencias de la actuación–, se concretan más en el caso de la información para el consentimiento. No es un contenido diferente, sino más preciso en uno que en otro caso. El artículo 4.1 recoge un contenido mínimo (como destaca igualmente ABEL LLUCH, *op. cit.*, pp. 2 y 3), por lo que puede ampliarse en regulaciones posteriores. En este sentido, no hay que olvidar que la ley 41/2002 declara su carácter de «básica» (de conformidad con el artículo 149.1.1ª y 16ª CE) y remite al propio Estado y a las Comunidades Autónomas la adopción de las medidas necesarias para la efectividad de la misma (Disposición Adicional Primera).

¹¹⁰. Ésta es la función del derecho de información que suele estudiarse con mayor frecuencia: la información como presupuesto del consentimiento necesario para legitimar la intervención médica sobre la integridad física del paciente, faceta ésta en que el derecho a la información emana de la protección a la integridad física del paciente y a su capacidad de autodeterminación. Ver al respecto lo ya indicado respecto de esta faceta en el marco del deber de información, así como, desde su perspectiva como derecho, ABEL LLUCH (*op. cit.*, pp. 2, 4 y notas finales 10 y 11), ASÚA GONZÁLEZ (*op. cit.*, p. 990) y PLAZA PENADÉS (*op. cit.*, p. 70).

¹¹¹. Se trata de respetar la autonomía del paciente y de valorarlo como sujeto capaz de adoptar decisiones sobre su persona y su integridad física. Este reconocimiento, como señala GANTZ (*op. cit.*, pp. 799-801), se produce tras un largo periodo en que el médico era quien decidía y el paciente era tratado como un niño. El cambio se inicia hacia los años 70 y se consolida en un modelo interactivo de relación paciente-enfermo.

Éste parece ser también el principio que inspira la Ley 41/2002 (artículo 2.3) y que encuentra su regulación en el Capítulo II relativo a la información sanitaria. En él se prevé (artículo 4.1): «los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley», así como (artículo 4.2): «[la información clínica ayudará al paciente] a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad».

¹¹². Dice GANTZ (*op. cit.*, p. 804): «the continuation of a pregnancy is a decision requiring informed consent».

¹¹³. La primera faceta del derecho a la información ciertamente se plantea en relación al supuesto de hecho de las acciones de *wrongful birth* en dos momentos. Por un lado, una vez informados los progenitores del mal o defecto que amenaza al niño, debería ofrecerse a los progenitores la decisión respecto de una concreta intervención independiente del acto médico de diagnóstico (aborto, concepción artificial...). En tales casos, los progenitores tendrían derecho a conocer la información relevante sobre la intervención en cuestión (artículo

5. Tal punto de partida, sin embargo, requiere justificar que la información sobre la descendencia futura forme parte del derecho de información, pues de lo contrario difícilmente su privación supondría lesión de éste. Si bien ya se indicó cómo desde la perspectiva del deber del profesional esta información se ha de extender a estos datos, de lo que se trata aquí es de confirmar que a su vez el paciente tiene derecho para exigir dicho contenido. Para ello, se han de tener en cuenta tres razones:

- Por un lado, la especial relación del paciente respecto de su descendencia convierte el estado de la misma o los riesgos que la amenazan en materia sobre la que se debe manifestar el derecho a la información¹¹⁴. El vínculo entre un sujeto y su descendencia futura sitúa la información sobre ésta al mismo nivel que la información sobre el sujeto en sí.

Ya la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 de 11 de abril reconoció la especial relación que se estableció entre el *nasciturus* y la madre, de ahí que sea fácil afirmar que en el derecho de información de ésta se deba entender comprendida la información sobre la situación del concebido y no nacido. Del mismo modo, respecto de los *concepturi*, ha de partirse de que la información en fase preconceptiva recae sobre los propios progenitores, pues el futuro de su descendencia depende de las condiciones presentes en éstos. Por este motivo, la información sobre este desarrollo futuro es, en realidad, información sobre el estado de salud de los progenitores y se integra como contenido del derecho.

- Por otro lado, la relación entre esta información y la libre autodeterminación del paciente sobre la libertad de concepción, o el aborto, demuestra con claridad su inclusión en el ámbito del derecho a la información de los progenitores. Éstos tienen derecho a recibir una información completa que les permita autodeterminar su conducta en todo ámbito, principio que es también predicable respecto de la concepción futura.

10.1 Ley 41/2002), información que, como se ve, es distinta de la que deberían haber recibido previamente (sobre el estado de salud del *nasciturus* o los riesgos que amenazan al *concepturus*). El problema es que en el caso concreto en que surgen las acciones de *wrongful birth* no se llega al planteamiento de esta decisión, puesto que precisamente falla el presupuesto previo. Al verse privados los progenitores por el falso negativo de la información sobre la cual adoptar una decisión libre, no hay ocasión de plantear una intervención como consecuencia que requiera del segundo tipo de información.

Por otro lado, a lo largo del acto médico dirigido al diagnóstico, el derecho de información se manifestará respecto a toda intervención que incida sobre la integridad física del paciente y que no se integre en su aceptación general al proceso de diagnóstico. Lo que ocurre es que no es en estos casos donde reside la lesión del derecho de información que da lugar a la acción de *wrongful birth*. La esencia de estas acciones no radica en que se privase de la información necesaria para emitir un consentimiento informado, sino que reside en que se privó de la información necesaria para poder elegir libremente y autodeterminar la propia conducta.

En este sentido, a pesar de que no siempre se trata de un evento con incidencia directa sobre la integridad física del paciente, el estado de salud del *concepturus* o del *nasciturus* es uno de los factores que generalmente se tienen en cuenta en la adopción de una decisión en este contexto, por lo que no se puede negar que deba extenderse a esta información el derecho a la información de los pacientes.

- Finalmente, no hay que olvidar que, en la mayoría de los casos que dan lugar a las acciones de *wrongful birth*, el contenido de la atención sanitaria se centra precisamente en tal descendencia (diagnóstico preconcepcivo, preimplantatorio y prenatal directo). Por ello, no cabe duda de que el contenido de este derecho se ha de extender a la situación de la descendencia futura, pues tal es precisamente el contenido de la prestación desarrollada.

6. Por ello, no parece haber duda de que el diagnóstico erróneo sobre el estado de salud de la descendencia concebida —o los riesgos que amenazan a la descendencia por concebir— lesiona el derecho de los progenitores a la información, al privarles de una parte importante de éste. La siguiente cuestión, sin embargo, es en qué medida se ha de considerar que la lesión se produce sobre uno o ambos progenitores y en qué medida están legitimados para reclamar los dos o uno solo por ella.

En principio, el artículo 5.1 de la Ley 41/2002 proclama la titularidad de este derecho respecto de los «pacientes» (concepto definido por el artículo 3, como «la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento y recuperación de su salud»). La finalidad de este derecho, que se dirige a la autodeterminación del paciente, unida a su relación con derechos básicos del paciente (entre los que se ha de destacar aquí el derecho a la intimidad, a partir del cual se impide la difusión de sus datos personales¹¹⁵), permiten restringir la titularidad respecto del mismo a aquel sujeto que se somete a la prestación.

Por ello, pese a la oposición de cierto sector doctrinal¹¹⁶, se debería afirmar que el único legitimado para reclamar por la privación de este derecho en el contexto de la recla-

¹¹⁴ . Así lo sostienen DEUTSCH (*Arztrecht...*, pp. 131-132), GALÁN CORTÉS («La acción...», p. 13; *Consentimiento...*, p. 494) y UHLENBRUCK y LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 372).

¹¹⁵ . Así, el artículo 7 de la Ley 41/2002 reconoce y garantiza expresamente el derecho a la intimidad.

¹¹⁶ . En concreto, GALÁN CORTÉS (*Consentimiento...*, p. 344) afirma: «la información debe transmitirse a ambos, sin perjuicio de las decisiones posteriores que puedan corresponder a cada uno de ellos de acuerdo con la legislación vigente», idea con la que coincide ROMEO CASABONA («Aspectos...», p. 170), que afirma que en todo supuesto de diagnóstico preimplantatorio o prenatal, en la medida en que ambos progenitores están

mación por *wrongful birth*, habría de ser el progenitor que en el caso concreto fuera el receptor de la atención sanitaria, debiendo negarse la legitimación del otro progenitor cuando la atención no le tuviera también a él por objeto¹¹⁷. No obstante, esta afirmación se enfrenta a una serie de excepciones:

- En primer lugar, el propio artículo 5.1 establece la extensión de este derecho a las personas vinculadas al paciente, por razones familiares o de hecho, cuando así lo consienta el paciente expresa o tácitamente¹¹⁸. A esto se han de añadir los casos de incapacidad (artículo 5.2) en que la información también se ha de transmitir al representante del incapaz y los casos en que la falta de capacidad del paciente para entender la información, por su estado físico o psíquico, obligue al profesional sanitario a transmitirla a las personas vinculadas a él (artículo 5.3)¹¹⁹.

En la medida en que el caso que se presente en el supuesto concreto de *wrongful birth* sea uno de éstos, se deberá entender que el derecho de información se pueda extender a ambos progenitores, siempre y cuando el progenitor no paciente entre en la correspon-

interesados, ambos son titulares del derecho a la información, sin perjuicio de que la adopción de decisiones subsiguiente se atribuya a uno u otro miembro de la pareja.

Del mismo modo, fuera de nuestras fronteras, CAPRON (partidario de la extensión de la información a ambos progenitores en el ámbito del consejo genético), sostiene que, salvo que la mujer oculte la información sobre el padre, ambos progenitores son titulares del derecho de información (*op. cit.*, pp. 646-647).

Tales afirmaciones chocan, sin embargo, con el derecho a la intimidad del paciente y con el correlativo deber de secreto del profesional sanitario, como se indicó en su momento (siempre que no se cuente con el consentimiento del paciente para la difusión de sus datos personales a otro sujeto). Al respecto, puede ser interesante traer a colación el caso anglosajón *Goodwill v. British Pregnancy Advisory Service* en que se negó la reclamación de responsabilidad interpuesta por una mujer que se había quedado embarazada de su pareja a la cual se le había practicado hacia tres años (antes de que la pareja se constituyera) una vasectomía. Frente a la alegación de la mujer de la responsabilidad del centro en que se llevó a cabo la intervención por haber informado mal al paciente, se consideró que no existía deber alguno frente a ella.

¹¹⁷. El paciente es, en opinión de ABEL LLUCH (*op. cit.*, p. 2) «titular originario» de este derecho (por oposición a la «titularidad derivada» de las personas vinculadas al paciente y del representante legal), lo que significa que goza de un derecho esencial (parte de la relación médico-paciente y presupuesto de derechos del paciente), primario (deriva de la propia prestación más que del reconocimiento legal), originario (surge en el paciente), limitado (por razones de necesidad terapéutica) y renunciable (aunque de forma limitada).

¹¹⁸. Con la regulación actual, ABEL LLUCH (*op. cit.*, nota final 15) sostiene la necesidad de establecer una gradación sobre el orden de recepción de información por parte de las personas vinculadas. El problema en nuestros casos no es éste, sino quién determina cuáles son estas personas, ya que no se fácil identificar los vínculos de hecho, por la propia indeterminación de un concepto jurídico general de tales vínculos.

En concreto, cuando el progenitor lo sea como producto de una relación esporádica o terminada, es dudoso si puede considerarse que mantiene un vínculo de hecho con otro progenitor situado en la posición de paciente. El profesional sanitario, por otra parte, no tiene por qué conocer tal relación, por lo que es más lógico dejar a la voluntad expresa o tácita del paciente la extensión de la información a estos sujetos.

¹¹⁹. Hay que subrayar, no obstante, que se trata de una titularidad derivada, que depende del consentimiento del titular original o de que éste no esté capacitado para conocer (idea que ya parecía encontrarse presente en SÁNCHEZ GÓMEZ, *Contrato...*, pp. 77-78).

diente categoría de titulares derivados del derecho a la información. Cuando así sea, la lesión del derecho de información se podrá predicar respecto de los dos¹²⁰. En caso contrario, no existirá dicha titularidad derivada y sólo podrá reclamar por la lesión del derecho el progenitor paciente.

- En segundo lugar, es posible que la prestación sanitaria se desarrolle respecto de ambos progenitores (supuesto que generalmente se plantea en el ámbito del diagnóstico preconceptivo directo). Aunque en estos casos la información no pierde su carácter privado respecto de cada uno de los implicados, ha de entenderse que existe por parte de cada progenitor el consentimiento tácito al que hace referencia el artículo 5.1 de la Ley 41/2002, a través del cual se extiende el derecho a la información a ambos.

No obstante, de este principio general deberá excluirse el caso en que, pese a la atención conjunta, uno de los pacientes se niegue de forma expresa a la comunicación de la información que le afecte al otro paciente. En tal caso, como ya se vio, no existe un derecho del paciente sobre el que reclamar por la conducta no informadora del profesional sanitario.

- En tercer lugar, se habrán de incluir los supuestos en que por pacto expreso se acuerde la extensión del deber de información al otro progenitor, o así se deba deducir del contrato celebrado, en atención al contenido de la prestación acordada (si no hay manifestación en contra, como se ha puntualizado). Tal excepción, en definitiva, supone la aplicación al ámbito contractual del principio enunciado por el artículo 5.1 sobre el consentimiento expreso o tácito del paciente, por lo que no presenta peculiaridades sobre lo dicho.

7. La argumentación aquí expuesta sobre la identificación de la lesión del derecho a la información como daño en sí mismo considerado plantea, sin embargo, un grave problema que hace dudar de la conveniencia de emplear este tipo de argumentos en relación a las acciones de *wrongful birth*. La duda, concretamente, reside en la determinación en estos casos de cuál es el daño realmente sufrido por la víctima: si la lesión del derecho de información o, más bien, los efectos de tal lesión (esto es, la privación de la libre decisión en relación a la libertad de procreación o de la facultad de aborto).

La primera opción, que es la que sirve de base a este argumento, supondría aceptar que es el propio incumplimiento de la norma que proclama el derecho a la información la

¹²⁰ . ABEL LLUCH (*op. cit.*, p. 2) proclama que tanto los titulares originarios, como los derivados son titulares del derecho de información. Por tanto, frente a la lesión de este derecho ambos están legitimados para reclamar una indemnización por el daño que ello suponga.

que por sí misma ha de calificarse como daño, aunque no produzca efectos en la esfera personal o patrimonial del titular del derecho¹²¹. Esto, sin embargo, es contrario a la idea de daño o lesión, que parece requerir la lesión efectiva de bienes o intereses de la víctima¹²². El derecho a la información aparece como reverso del deber de información del profesional y se considera un interés protegido en la medida en que un incumplimiento de este deber produzca consecuencias dañosas. Por ello, ha de afirmarse en realidad que el daño se identifica en el efecto que tal lesión conlleva, no en la privación de este derecho. De hecho, así parece proclamarlo la mayoría de nuestra doctrina¹²³.

¹²¹ . De hecho, la Disposición Adicional Sexta de la ley 41/2002 parece admitir implícitamente la posibilidad de entablar acciones de responsabilidad como consecuencia de las infracciones relativas a lo dispuesto en la ley, esto es, infracciones relativas al derecho de información: «Las infracciones de lo dispuesto por la presente Ley quedan sometidas al régimen sancionador previsto en el capítulo VI del Título I de la Ley 14/1986, General de Sanidad, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal y de la responsabilidad profesional o estatutaria procedentes en derecho». Pese a ello, es cierto que, como indica SEUBA TORREBLANCA («Sentencia...», p. 730), lo que la ley no establece es la consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de recabar el consentimiento informado (ni, añadimos nosotros, del de informar). Puede existir una sanción penal (artículos 155 y 156 CP) e indudablemente un incumplimiento del deber de información; pero se plantea el autor si esto por sí solo genera responsabilidad. Aunque la sentencia que él comenta (STS de 12 de enero de 2001) parece decantarse por una respuesta afirmativa, duda el autor de que sea correcto en todos los casos (y, de hecho, exige la concurrencia de los diversos elementos de la responsabilidad civil. Ver al respecto, pp. 733-734).

¹²² . Por poner un ejemplo, es dudoso que pueda reclamarse responsabilidad civil del ladrón que roba un coche por la noche y se lo devuelve al propietario en idénticas condiciones a primera hora de la mañana. La posible lesión al derecho de propiedad no se ha concretado en una lesión para el propietario (sin perjuicio del reproche penal que tal conducta conlleva, pues en el ámbito penal la responsabilidad no requiere daño). Del mismo modo, la privación de información sobre los riesgos de una intervención cuando tales riesgos no se concretan —al margen de las consecuencias en el marco contractual—, no da lugar a reclamación de daños, pues no ha existido daño alguno. El daño, pues, no reside en el derecho de información, sino en los efectos de su lesión.

¹²³ . En concreto, hay que remitir a las afirmaciones de cuatro autores. En primer lugar, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ («Sentencia...», pp. 763-769) afirma que es necesario que exista un daño imputable al profesional sanitario que incumple su deber de información, por lo que aconseja la comprobación de la finalidad perseguida con la norma que impone al médico un deber de informar al paciente como presupuesto para poder imputarle la responsabilidad por los daños sufridos en caso de que tal información se omitiera o se prestara de forma defectuosa.

En segundo lugar, PLAZA PENADÉS (*op. cit.*, p. 68) establece que la lesión del derecho de información es una fuente de responsabilidad, «si por ello se derivan consecuencias dañosas para el paciente», con lo que claramente diferencia entre la privación del derecho y el daño.

Del mismo modo, en tercer lugar, SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, pp. 101-105) se plantea si la privación de información es suficiente para exigir responsabilidad al facultativo o si requiere un daño al margen. La autora concluye, al igual que en nuestro caso, afirmando que es más coherente exigir un daño con el que la información se relacione contractualmente.

Finalmente, SEUBA TORREBLANCA afirma: «El mero incumplimiento del deber de informar no es causa suficiente para justificar una indemnización de responsabilidad civil, sin perjuicio de que dicha conducta, reprochable, pueda calificarse de infracción administrativa o incluso penal. La falta de información sólo debe generar responsabilidad cuando se han cumplido los requisitos legalmente exigidos para que exista responsabilidad extracontractual» («Sentencia...», p. 733-734). Esta misma opinión, de hecho, es compartida entre la jurisprudencia italiana por las sentencias del *Tribunale di Perugia* de 7 de septiembre de 1998 y de la *Corte di Cassazione* de 24 de marzo de 1999, que declararon que la violación de la obligación de información no era por sí suficiente para reclamar un daño (pues, como precisó la segunda sentencia, en materia de *wrongful*

En el caso concreto de las acciones de *wrongful birth*, hay que establecer que, sin perjuicio de que pueda distinguirse teóricamente entre la lesión del derecho de información y el hecho de la privación de la decisión, existe una relación causal entre ambas que permite afirmar que la segunda es concreción del daño cuyo riesgo crea la primera. En concreto, la deficiencia de información producida por el falso negativo sólo se considera daño en tanto que tiene como efecto la privación a los progenitores de la facultad de decisión acerca del aborto o acerca de la libertad de procreación.

Consiguientemente, ha de negarse la existencia de un daño independiente en relación al derecho de información y ha de afirmarse que la identificación del daño se debe realizar en relación a la privación de la posibilidad de adoptar una decisión sobre el aborto o sobre la descendencia futura. La privación de información no es, pues, un daño en sí, sino que es un daño por el efecto que produce, que en este caso en concreto es la privación de la decisión sobre la procreación futura o sobre la interrupción del embarazo.

2.2.3. Daño moral por el comportamiento del profesional sanitario: la falta de preparación psicológica para el nacimiento del niño

1. En las acciones de responsabilidad por *wrongful conception* se afirma en ocasiones un daño moral derivado de la frustración o la angustia que el comportamiento negligente del profesional sanitario ocasiona a los progenitores, bien por la preocupación por el embarazo, o bien por el deterioro de la relación matrimonial (ante las dudas sobre la paternidad del hijo)¹²⁴. En cualquier caso, se trata de un daño que deriva directamente del comportamiento médico, no del propio daño del niño, ni de su situación enferma, aunque se relacione también con estas circunstancias.

birth es preciso además la existencia en el caso concreto de las condiciones necesarias para un aborto, ya que sólo entonces hay daño por privación de la facultad de aborto).

¹²⁴. Así lo proclaman, entre la jurisprudencia menor, las SSAP Badajoz de 22 de abril de 1991 y Baleares, de 21 de enero de 1997; pero tal daño moral ha sido rechazado por las SSTS de 25 de abril de 1994 y de 5 de junio de 1998.

Por lo que respecta a la doctrina, son especialmente expresivas las palabras de LLAMAS POMBO («Sentencia...», p. 1018), que califica de daño moral «el disgusto, la preocupación por el futuro económico de la familia, la incertidumbre y desazón que produce el plantearse un eventual aborto claramente penalizado, incluso las dudas acerca de la paternidad del esposo convencido de su esterilidad y los problemas en las relaciones familiares que todo ello acarrea». Igualmente, GARCÍA RUBIO (*op. cit.*, pp. 1220-1221) y VICENTE DOMINGO («El daño...», p. 250), admiten como daño el sentimiento de frustración producido por el error médico.

Cuando esta idea se traslada a las acciones de *wrongful birth*, se transforma ligeramente¹²⁵. Así, se alega en ocasiones, dentro de los supuestos de diagnóstico prenatal erróneo, que los progenitores sufren un daño moral por no haber podido prepararse psicológica o económicamente frente al nacimiento de un niño discapacitado. Se dice que en el momento en que los progenitores se enteran del verdadero estado de salud de su progeñie futura experimentan una serie de sentimientos de sorpresa, frustración, rechazo y malestar (incrementados ocasionalmente por la conciencia de que este conocimiento en un momento anterior podría haberles permitido optar por no concebir o por interrumpir el embarazo) que se tratan de identificar con un daño moral.

2. Sin perjuicio de que estos argumentos hayan sido recogidos por autores de todas las nacionalidades¹²⁶, son especialmente frecuentes en el ámbito italiano; ámbito donde resultan, además, especialmente apropiados, sobre todo si se tiene en cuenta que la inexistencia de un motivo de aborto eugenésico impide en estos casos, como ya se indicó, la reclamación de un daño por privación de la decisión acerca de la interrupción voluntaria del embarazo. Con ello, esta identificación del daño es la única que permite reclamar por algún evento relacionado con el nacimiento del niño cuando se parte de un defecto prenatal¹²⁷.

¹²⁵. Sin perjuicio de que en un caso de *wrongful birth* la negligencia del profesional sanitario pueda producir preocupación por el embarazo o deterioro de la relación matrimonial por el ánimo abatido de los progenitores o por dudas sobre la paternidad, ante la concurrencia de ciertas enfermedades en el niño discapacitado, este tipo de daños son más propios de un embarazo no deseado (pues cuando es deseado, tales preocupaciones y riesgos se asumen con la concepción buscada), por lo que el estudio se va a centrar en estos otros daños más específicos. En este sentido, señala MARTÍN CASALS (*op. cit.*, p. 206) que no se ha de incluir en las acciones de *wrongful birth* como daño «pain and distress related to the very fact of pregnancy and delivery [...] unless the disability of the child causes its increase».

¹²⁶. Fuera de las fronteras italianas, menciona este daño, aunque sin entrar en él, ALLOITEAU (*op. cit.*, p. 29). Con mayor claridad, sostiene FINEL (*op. cit.*, pp. 229-231) que el conocimiento de la discapacidad del niño, una vez nacido, ocasiona un daño moral por falta de preparación psicológica; daño que se atenúa cuando este evento futuro se conoce con tiempo suficiente para adaptarse a él. Del mismo modo, según el TA Strasbourg (sentencia de 17 de julio de 1990), los padres no se han podido preparar: «dans de meilleures conditions à la naissance d'un enfant malformé».

En el caso de Alemania, este argumento ha sido aludido en ocasiones, si bien en relación con la teoría de los daños por *shock*. Se aprecia un daño a la salud por el trauma o impacto emocional que sufre la madre por la visión del niño discapacitado, siempre que dicho impacto alcance intensidad suficiente como para que pueda considerarse de la misma entidad que una lesión física (somatización del dolor que no es requerido en nuestro Ordenamiento). Como relata OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 94), admite el BGH que una experiencia fuertemente negativa, o sensaciones como el dolor o la pena, pueden afectar a la esfera interna de la persona y ser consideradas como daño en el sentido del § 823 I BGB. Para ello no sólo se deberá tener en cuenta la medicina, sino también el parecer general respecto de la consideración de ciertas sensaciones como lesión a la salud.

¹²⁷. Así, como ya se mencionó, la sentencia del *Tribunale di Perugia* de 7 de septiembre de 1998, en un supuesto en que las malformaciones presentes en el feto no hubieran permitido a la madre optar por el aborto, afirmaba la existencia de un daño a la integridad psicofísica: «l'apprensione della notizia nel corso della gravidanza avrebbe permesso sicuramente di rinvenire tempestivamente un supporto psicologico e materiale più

No obstante, hay que puntualizar que esta línea argumental únicamente podrá incluirse en una acción de *wrongful birth* en la medida en que en el supuesto de hecho hubiera sido posible la interrupción del embarazo. De no ser así, con independencia de que se pueda o no afirmar en estos casos un daño, no se tratará de un caso típico de *wrongful birth*, pues faltará su problemática típica (no se tratará de si se pudo haber abortado, sino de si se puede reclamar un daño en general por el nacimiento de un niño discapacitado)¹²⁸.

3. Antes de examinar este argumento, no obstante, es necesario afirmar el supuesto del mismo, que es el de la admisión en nuestro Ordenamiento del daño moral en todos los sistemas de responsabilidad civil. Tal afirmación es especialmente importante en el ámbito de la responsabilidad administrativa (donde inicialmente fue puesto en duda sobre la exigencia por el artículo 139.2 LRJPAC de que el daño fuera evaluable económicamente)¹²⁹, así como en el marco de la responsabilidad contractual (donde en la actualidad estos daños son afirmados de forma mayoritaria por doctrina y jurisprudencia)¹³⁰.

adeguato, tale da consentire un graduale adattamento alla situazione onde affrontare la nascita con nascim-
mento ben diverso grado di sensibilizzazione ed accettazione. È ben diverso [...] trovarsi inopinatamente con
la responsabilità di un figlio menomato, in modo parzialmente irreversibile, avendolo sotto gli occhi senza
adeguata preparazione, dall'acquisire una meditata interiorizzazione dell'esperienza di vita, metabolizzandola
ed attrezzandosi per l'impatto con i difetti somatici del piccolo». Igualmente se apuntaba ya en la sentencia
del *Tribunale di Roma* de 13 de diciembre de 1994, así como por CONTE, que lo califica de *danno biologico*
(*op. cit.*, p. 672) o PALMERINI («Note...», p. 214).

¹²⁸. En este sentido, si bien FINEL (*op. cit.*, pp. 229-231) afirma que este tipo de daños se puede reclamar incluso cuando los defectos no hubieran permitido acudir a un aborto (aunque crea el riesgo de establecer frente al médico una obligación de resultado), MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Sentencia...», pp. 1115-1116) consideran «subsidiaria» esta acción o, como aclaran posteriormente, corroborando lo aquí dicho, «fuera del supuesto típico de *wrongful birth*» (p. 1118).

¹²⁹. De hecho, el daño moral se admite actualmente sin lugar a dudas entre doctrina (entre otros, MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, *op. cit.*, pp. 972-973; BUSTO LAGO, «La responsabilidad...», pp. 1444-1446; COSCULLUELA MONTANER, *op. cit.*, p. 556; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 382; PARADA VÁZQUEZ, *op. cit.*, pp. 648-649 o PÉREZ-TENESSA, *op. cit.*, p. 56) y jurisprudencia administrativista (SSTS [3^a] de 12 de marzo y 16 de julio de 1984, 9 de abril de 1985, 23 de septiembre de 1992, 16 de diciembre de 1994, 20 de julio de 1996, 5 de junio de 1997 y 20 de enero de 1998).

¹³⁰. Como razona ÁLVAREZ VIGARAY (*op. cit.*, p. 88), el hecho de que la prestación sea evaluable económicamente no impide que pueda responder a un interés del acreedor de naturaleza no económica. Para la admisión del daño moral contractual rigen los mismos argumentos que para el extracontractual (GARCÍA LÓPEZ, *op. cit.*, p. 280 y GARCÍA SERRANO, *op. cit.*, p. 850). La jurisprudencia, igualmente, admite el daño moral contractual (a partir de la STS de 9 de mayo de 1984. Sirvan de ejemplo las de 22 de mayo de 1995, 12 de julio de 1999 y 31 de mayo de 2000).

Sin embargo, no todo son opiniones favorables al daño moral contractual (MIQUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad...», p. 69). Así, ESPIAU ESPIAU («Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000», CCJC, 2000, (mg. 1481), pp. 1285-1287) remite el daño moral al ámbito extracontractual sobre una serie de argumentos, de los que hay que destacar dos. En primer lugar, el artículo 1107 Cc presupone la existencia de una obligación de cuyo incumplimiento deriva el daño, pero respecto del daño moral no se exige tal obligación (pues la exigencia del respeto a estos bienes deriva del principio de *alterum non laedere*). En segundo lugar, el tenor literal del artículo 1106 Cc es incompatible con el daño moral, no sólo porque no se correspon-

No obstante, la afirmación general del daño moral contractual ha de ser reconducida a sus justos términos: la amplitud del concepto del daño moral no debe llevar a englobar en su seno, como en ocasiones se ha pretendido, cualquier contrariedad que sufran los sujetos¹³¹. No se trata de considerar como daño moral cualquier sensación de frustración derivada del incumplimiento contractual, sino de reducir la apreciación de estos daños a los daños morales que surjan del desarrollo de la prestación pactada —como propios de la misma— y cuyo riesgo haya sido asumido por las partes a la hora de concluir el contrato y establecer las prestaciones a las que quedan obligados¹³².

Esta restricción siembra la primera duda en este caso en relación a los daños morales que aquí se alegan, pues puede ser puesto en duda hasta qué punto han sido previstos y asumidos por el profesional sanitario en el momento de concluir el contrato los daños morales a los que aquí se hace referencia. De hecho, aunque los sentimientos de frustración o sorpresa derivados del error médico en estos casos se podrían considerar integrados en la prestación pactada cuando ésta consista en un diagnóstico preconceptico o prenatal directo, será más dudoso en otro tipo de prestaciones no enfocadas directamente al control del estado de salud de la descendencia futura.

da a «pérdida sufrida» o a «ganancia que haya dejado de obtener», sino porque obligaría a replantearse todo el concepto de obligación del Código civil.

Esta argumentación sin embargo, ha de ser puntualizada. Por un lado, lo que indica el autor es únicamente para el daño moral contractual derivado del hecho mismo del incumplimiento, pero nada dice del daño moral que pueda surgir cuando sea consustancial a la prestación pactada. Respecto de éste, el argumento basado en el 1107 perdería su fuerza (pues quedaría englobado en la obligación asumida, como confirma GARCÍA LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 314-323, para los que respondan a la naturaleza de la obligación o puedan ser previsibles). Por otra parte, el argumento basado en el artículo 1106 aplica un concepto muy estricto de «pérdida sufrida», puesto que el daño moral es también una pérdida o menoscabo, si bien apreciable sólo en la esfera personal del afectado, motivo por el cual es más difícil de constatar, pero igualmente existente (en este sentido, GARCÍA LÓPEZ; *op. cit.*, pp. 310-312).

¹³¹. De hecho, según PARRA LUCÁN («Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1994», *CCJC*, 1994, mg. 935, p. 587), a partir de la doctrina de que todo incumplimiento implica *per se* un daño, se comenzó a admitir el daño moral contractual. El paso posterior de que todo incumplimiento es un daño moral es dado por algunos autores, como CARRASCO PERERA («Artículo 1107», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Tomo XV, Volumen 1º, EDERSA, Madrid 1989, pp. 747-748) o ZANNONI (*El daño...*, p. 339).

¹³². En este sentido, Díez-Picazo (*Daños...*, p. 329), que se muestra bastante restrictivo en materia de daño moral, lo admite únicamente en el ámbito contractual cuando «la prestación contractual comprometida por el incumplidor afectara a derechos subjetivos de la personalidad del acreedor».

Otros autores recogen estas mismas ideas con una referencia al artículo 1107 Cc: es indemnizable el daño moral que fue previsto por las partes en el momento de contratar. Se trata, pues, de que el bien afectado se encontrara en la órbita de interés del acreedor que el deudor debía proteger. Entre ellos, CARRASCO PERERA («Artículo 1101...», p. 418, y «Artículo 1106», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XV, Volumen 1º, Dirigidos por M. Albaladejo, EDERSA, Madrid 1989, p. 703 y 747) o PARRA LUCÁN («15 de febrero 1994...», pp. 585-586).

4. Desde un punto de vista más general, en todo caso, hay que señalar que la aceptación o el rechazo del daño aquí identificado como daño moral depende también del concepto de daño moral que se maneje. Con ello, sin embargo, se entra en un ámbito de gran indeterminación —el concepto del daño moral— en el que es muy difícil alcanzar resultados de unánime aceptación y en el que, por tanto, será difícil obtener una respuesta satisfactoria a la identificación de la falta de preparación psicológica o de la frustración por la condición enferma como daño moral. La idea del daño moral como «cajón de sastre» en que se incluye todo daño que no se puede calificar de patrimonial impide dar una respuesta clara¹³³.

El problema reside, en concreto, en que no existe un concepto unívoco de daño moral que sirva para discriminar o excluir determinados daños como no pertenecientes a esta categoría, pues ni el legislador ni la jurisprudencia ha definido el concepto del daño moral¹³⁴. Igualmente, entre la doctrina, hay múltiples definiciones —casi tantas como autores que lo han estudiado¹³⁵—, si bien en general las opiniones doctrinales y jurisprudenciales pueden agruparse en tres grandes grupos: las teorías que definen el daño moral por oposición al daño patrimonial (teorías negativas)¹³⁶, las que lo definen como una lesión de bienes

¹³³ . Como critica GÓMEZ POMAR (*op. cit.*, pp. 11-13), el daño moral se utiliza en ocasiones como vía para enmascarar una indemnización de daños patrimoniales de difícil cuantificación, hurtándolos así de control por parte de los tribunales; crítica que en similar sentido se puede encontrar en CARRASCO PERERA («Artículo 1106...», p. 701) o SEUBA TORREBLANCA («Sentencia...», p. 744).

¹³⁴ . Como destaca PANTALEÓN PRIETO («Diálogo...», p. 1581), no existe un concepto legal del daño moral (al igual que no existe un concepto legal del daño) que defina su extensión o contenido. De hecho, pese a que el daño moral es reconocido en diversas normas (Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección a los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960, Ley 25/1964, de 29 de abril...) ninguna de ellas aporta un concepto legal en que se defina este daño; y tampoco se encuentra tal concepto en el Código civil, donde no sólo se contienen ciertos límites indirectos (como ocurre con el artículo 43 Cc, en el que se niega implícitamente el daño moral por una opción de política legislativa a favor de la garantía de la libertad matrimonial: ÁLVAREZ VIGARAY, *op. cit.*, p. 100).

Por otro lado, la jurisprudencia —principal motor de aceptación de estos daños—, ni presenta una definición ni siquiera una posición común. La mayor parte de las sentencias se limitan a afirmar determinadas lesiones como daños morales (vida, integridad física, lesiones al honor y ámbito psíquico-afectivo, ...etc.). De hecho, GARCÍA SERRANO (*op. cit.*, pp. 808 y 809) habla de una tendencia jurisprudencial a enumerar los supuestos más significativos de bienes protegidos cuya lesión produce daño moral; sistema de lista que él critica, por la dificultad de englobar todos los casos y por la mutabilidad de las circunstancias y los valores sociales (pp. 805-806 y 827). Por no existir, no hay tampoco una unidad en su denominación, pues ya desde los primeros estudios se denominan, bien como daños no patrimoniales (ÁLVAREZ VIGARAY, *op. cit.*, p. 85), bien como daño moral (GARCÍA SERRANO, *op. cit.*, pp. 801-803).

¹³⁵ . Para un estudio más completo del concepto de daño moral, ver ÁLVAREZ VIGARAY (*op. cit.*, pp. 81-86), GARCÍA LÓPEZ (*op. cit.*, pp. 51-97) y GARCÍA SERRANO (*op. cit.*, pp. 799-851). De hecho, es la clasificación de este último la que aquí se sigue en sus líneas básicas.

¹³⁶ . Según GARCÍA SERRANO (*op. cit.*, p. 800), estas teorías se elaboran a partir del mayor conocimiento que existía inicialmente del daño patrimonial; pero ello no lleva a elaborar tampoco un concepto unívoco del daño moral pues, a su vez, se dividen entre las que identifican el daño moral por su objeto: como lesión a intereses no patrimoniales o pérdidas no económicas (GARCÍA SERRANO, *op. cit.*, p. 807 o ZANNONI, *El daño...*, pp.

o intereses que carecen de entidad material, como son los bienes de la personalidad¹³⁷, y las que lo definen como el dolor o sufrimiento de una persona en su esfera anímica¹³⁸ (aunque es cierto que entre estas dos últimas no siempre se establece una distinción¹³⁹).

Cada una de estas definiciones presenta ventajas y desventajas, de ahí que la situación de indeterminación no pueda resolverse por esta vía. A grandes rasgos, las teorías negativas permiten establecer una definición más fácil de aprehender —más plástica, por así decirlo—, pero olvidan que pueden existir otros daños que no sean morales o patrimoniales¹⁴⁰. Por otro lado, las teorías que asocian el daño al dolor o sufrimiento se aproximan

287-288); las que lo identifican por su falta de repercusión sobre el patrimonio de la persona (BONASI BENUCCI, *op. cit.*, pp. 80-81; BROX y WALKER, *Allgemeines...*, p. 305; MAZEAUD y MAZEAUD, *op. cit.*, p. 68 y MAZEAUD y TUNC, *Tratado I...*, pp. 425-427) y las que lo identifican por el hecho de que la indemnización monetaria no produce un auténtico reestablecimiento de la situación previa al daño (con ciertos matices, SANTOS BRIZ, *La responsabilidad...*, p. 162).

¹³⁷. Esta teoría se puede considerar inspirada en los ordenamientos alemán e italiano, pero no casa del todo con la cláusula general que contiene nuestro Ordenamiento sobre el daño, motivo por el cual los autores españoles que han seguido esta tendencia se limitan a exigir la concurrencia de la lesión de un bien o interés, en vez de un verdadero derecho subjetivo. En este sentido hay que citar a BUSTO LAGO (*La antijuridicidad...*, p. 81); Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema II...*, p. 546); GARCÍA LÓPEZ (*op. cit.*, p. 80); GONZÁLEZ MORÁN (*op. cit.*, pp. 112, 114); ILLESCAS RUS (*op. cit.*, pp. 236-241); MARTÍN CASALS y SALVADOR CODERCH (*op. cit.*, pp. 757 y 758) y MEDINA CRESPO (*op. cit.*, p. 31).

Entre la jurisprudencia, destacan las SSTs de 28 de febrero de 1959 y la de 28 de febrero de 1964: «estando constituido el daño moral por los perjuicios que, sin afectar a las cosas materiales susceptibles de ser tasadas, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales, de la salud, el honor, la libertad y otros análogos».

¹³⁸. En esta misma línea, CARBONNIER (*op. cit.*, p. 381); LACRUZ BERDEJO (*Elementos II-2...*, p. 481); MALAURIE y AYNÈS, *op. cit.*, p. 147) o RAGEL SÁNCHEZ (*op. cit.*, p. 163).

La jurisprudencia se ha manifestado también en ocasiones favorable a esta opinión. Sirva de ejemplo la STS de 19 de junio de 1990, que aprecia la existencia de un daño moral emanado de la privación del derecho de asistencia y reflejado por la impotencia, la zozobra, la ansiedad y la angustia que sufrió la víctima por tal privación. Otras SSTs en esta línea son las de 31 de mayo de 1983, 25 de junio de 1984, 15 de febrero de 1994, 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996 y 12 de julio de 1999.

¹³⁹. Tal es el caso de ÁLVAREZ VIGARAY (*op. cit.*, p. 85: «el concepto de daños morales no debe reducirse solamente a los dolores o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en él ha de incluirse todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien a la persona [...] o de sus sentimientos y afectos más importantes»); DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Tratado...*, p. 675 y «Artículo 1902...», p. 389, que define el daño moral como el infligido a las creencias, sentimientos, dignidad, estima social, salud física o psíquica, y lo identifica también con «los que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales»); Díez-PICAZO (*Daños...*, pp. 328: «[el] daño moral debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona [...]; pero] no todo sufrimiento psicofísico engendra un daño moral indemnizable, sino [...] aquél que es consecuencia de lesiones de derechos de la personalidad») y PANTALEÓN PRIETO («Diálogo...», p. 1580: que afirma que el daño moral no sólo tiene un sentido «utilitarista», como dolores, sufrimientos, molestias, angustias, alegrías, pérdidas, sino también el sentido de atentado, en sí mismo considerado, a un bien de la personalidad).

Y es que, de hecho, los dos matices en la definición del daño moral no se diferencian tanto en el fondo, si se parte de la noción de que la indemnización de un daño en la identificación de un estado de angustia o sufrimiento supone en el fondo la protección de un interés en la tranquilidad de ánimo del sujeto.

¹⁴⁰. De hecho, estas teorías negativas (en especial las dos primeras) son criticadas por partir del presupuesto de que todo daño que no es patrimonial es moral, como si no existieran más daños que estos dos. Sin embar-

más a la idea original del daño moral y a la amplitud del concepto de daño, pero son difíciles de delimitar, pues no se sabe qué grado de dolor o sufrimiento es ya un daño moral, y de probar. Quizá por ello el concepto más satisfactorio es el de la lesión a bienes o intereses protegidos por el Ordenamiento —siempre que no se identifiquen con derechos—, pues aporta una cierta determinación del evento que puede considerarse dañoso. No obstante, plantea también el problema de la definición de tales bienes o intereses; definición en la que influyen, como se comenzó diciendo, los valores sociales, con sus grandes inconvenientes de cara a la fijación de parámetros estables o universales.

5. Retomando la argumentación aquí expuesta, la admisión del daño por la falta de preparación psicológica ante el nacimiento del niño encontraría un claro encaje en un concepto de daño moral basado en el dolor, angustia o sufrimiento, pues lo que se reclama en estos casos es daño por el impacto en la esfera anímica del progenitor ante el falso negativo. Pero también encajaría fácilmente en la concepción negativa del daño moral, en tanto que lo que aquí se plantea es un daño que no afecta a bienes patrimoniales.

Frente a ello, la dificultad de encuadrar este daño en el segundo grupo de definiciones es patente, pues precisa de la identificación de un interés de los progenitores en relación al conocimiento de los defectos del niño, interés que resulte jurídicamente reconocido. Al respecto, hay que recordar la reticencia que existe en este ámbito a la identificación como daño de todo evento que ponga en cuestión el bien vida. Desde el momento en que un interés en conocer los defectos del niño podría verse como contrario al valor de la vida si se presumiera que la consecuencia derivada sería la opción por el aborto —presunción, no obstante, no necesariamente correcta, pues se trata de un curso causal indeterminado—, las reticencias a la calificación de este evento como daño impediría adoptarlo como base de la reclamación de responsabilidad por *wrongful birth*.

go, en un sistema como el nuestro de cláusula general en materia de daño, éste no se define por sus categorías; por el contrario, es más que éstas. Dichas categorías cumplen la función de facilitar la calificación de daños como daños indemnizables, de manera que la adscripción de un determinado daño a una de las categorías lo identifica inmediatamente como daño reparable. No obstante, ello no impide que se elaboren más categorías si son necesarias para admitir otros tipos de daños que se deban entender como resarcibles.

Además, señala ÁLVAREZ VIGARAY (*op. cit.*, p. 81) que una definición por contraste o negativa sólo se puede admitir cuando se trate de operar con fenómenos homogéneos y éste no es el caso de los daños morales y daños patrimoniales. Otra crítica es que el daño moral puede tener repercusiones patrimoniales, de manera que la distinción no es tan estricta (DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado...*, p. 675 o GARCÍA SERRANO, *op. cit.*, pp. 800-801 y 807).

Tales reticencias muestran, de hecho, el principal problema de este argumento. Desde el momento en que se apoya en la calificación de un daño como daño moral y desde el momento que en tal intento no sólo se enfrenta a la indeterminación del concepto de tal daño, sino también a los problemas añadidos respecto del concepto de daño asociado directa o indirectamente a la vida del niño, esta teoría se verá sometida siempre a críticas. Pese a todo, debe quedar reflejado como un argumento cuyo potencial se podrá desplegar de forma plena cuando se precise el concepto de daño moral.

2.2.4. Daño moral y daño patrimonial *par ricochet* o de rebote derivado de la condición enferma del niño discapacitado

1. La última vía a la que se ha acudido para identificar un daño en las acciones de *wrongful birth* parte del impacto moral y económico que produce sobre los progenitores la condición discapacitada de su hijo. La contemplación constante por parte de éstos de su condición enferma, unida a la atención que requiere por tal condición, origina en los progenitores un daño reflejo o de rebote por el cual se dice que pueden reclamar reparación. El mal o defecto de la víctima directa produce, pues, un daño sobre ambos progenitores, perjudicados indirectos. Con ello nos encontramos ante una teoría que se aproxima en gran medida a la teoría de la separación alemana, pero traducida a un daño que, como veremos, es ya aceptado en nuestro Ordenamiento.

Sea por tal motivo o por otro, lo cierto es que se trata de una teoría de afirmación del daño cuya aceptación en las acciones de *wrongful birth* ha sido bastante frecuente entre nuestra doctrina e, incluso, por parte del Tribunal Supremo (al menos para el supuesto de un falso negativo en fase prenatal)¹⁴¹. La relativa separación que se establece con respecto

¹⁴¹ . De hecho, tal fue el daño que se reconoció en la STS de 6 de junio de 1997 (tanto en relación a un daño moral: «el impacto psíquico de crear un ser discapacitado que nunca previsiblemente podrá valerse por sí mismo», como en relación a un daño patrimonial: gastos de cuidado y asistencia derivados del nacimiento), como acuerdan en señalar DE ÁNGEL YÁGÜEZ («La segunda...», pp. 125-126), ROCA TRÍAS («La responsabilidad...», pp. 557-558) o UREÑA MARTÍNEZ (*op. cit.*, p. 1113).

Entre la doctrina, esta fijación de un daño de rebote derivado de la situación del niño es bastante popular. Como expresivamente define DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Diagnósticos I...», pp. 110-111), «el daño se constituye por dos factores: daño moral de los padres por la diaria contemplación de un ser doliente, y daño patrimonial por la crianza, atención, educación y mantenimiento de una criatura no sana»; y, según MARTÍN CASALS (*op. cit.*, p. 206): «the fact of having a disabled child causes pain and distress [...] it will be "renewed" in the daily relationship of the parents with a child who, due to his disability, cannot expect from life what healthy children can expect. This non-pecuniary loss, at least in a system that is very open to the compensation of these sort of losses, such as the Spanish one, should be beyond any doubt». Ver en el mismo sentido, BÉRCOVITZ

del hecho de la vida del niño permite suavizar las críticas propias de estas acciones, aunque nada puede impedir que esta crítica persista en algunos sectores¹⁴².

2. Este daño sobre cuya base se plantea aquí la reclamación de responsabilidad es el llamado daño de rebote o *par ricochet*. A través de él se afirma la posibilidad de que el daño directamente experimentado por un sujeto en su vida o integridad física o psíquica (víctima directa) repercuta en la esfera personal o patrimonial de otro (perjudicado), ocasionándole un daño patrimonial o moral (según el bien afectado)¹⁴³.

La identificación de este tipo de daños procede del derecho francés, pero se encuentra admitida ampliamente en nuestro sistema por doctrina y jurisprudencia¹⁴⁴. Pese a todo, esta teoría no es universalmente aceptada, sino que en diversos Ordenamientos se rechaza o es contemplada con muchos reparos¹⁴⁵. A fin de cuentas, se trata de una teoría a

RODRÍGUEZ-CANO («4 de febrero de 1999...», p. 858); PÉREZ-TENESSA (*op. cit.*, p. 56); UREÑA MARTÍNEZ (*op. cit.*, p. 1113) y VICENTE DOMINGO (*Daños corporales...*, p. 230).

Pero también se alude a estas ideas fuera de nuestras fronteras por autores como JONÁS (*op. cit.*, p. 16), si bien este argumento suele depender del grado de aceptación del daño de rebote en el sistema en concreto (y así, de hecho, señala SEYMOUR, *op. cit.*, p. 132, que en general las cortes inglesas han negado la indemnización por la pena ocasionada por el nacimiento de un niño discapacitado).

¹⁴². En concreto, considera JACKSON («Action...», pp. 607-610) que conceder una indemnización por el daño que causa la situación del niño a otros sujetos es minusvalorar su vida. Si se permite que sean otros sujetos los que valoren la vida del niño, se denigra su valor, lo cual es peligroso: «At worst, those who bring an action for wrongful birth are implying that a handicapped child's life is worthless to such an extent that giving birth to the child constitutes a sufficiently significant injury that it should be legally compensable». Así, califica esta demanda como altamente ofensiva (igualmente, en «Wrongful...», p. 379).

¹⁴³. Para las definiciones de esta teoría nos remitimos a VICENTE DOMINGO (*Daños corporales...*, p. 213; «El daño...», p. 254). Aquí se ha optado por denominar «perjudicado» en vez de «víctima» al sujeto que sufre indirectamente el daño, por coincidencia con el parecer de GÓMEZ CALLE («Los sujetos...», p. 396), que reserva el segundo término para el sujeto que padece el daño de manera directa: «perjudicado» tiene un sentido más amplio («comprendiendo a todo el que padece un perjuicio a resultas del hecho dañoso, sea de forma directa (el perjudicado sería entonces la propia víctima), sea de manera mediata o como efecto indirecto del daño o mal inmediatamente irrogado a otro»), igualmente, REGLERO CAMPOS («El nexo...», p. 369).

¹⁴⁴. Pese a que en 1966 ÁLVAREZ VIGARAY (*op. cit.*, p. 103) calificaba de dudosa la obligación de reparación de los daños morales indirectos (aunque dejaba abierta la cuestión de la legitimación para reclamar por lesiones de la víctima: pp. 106-107), tales dudas posteriormente desaparecieron. De hecho, en la actualidad, su aceptación es prácticamente unánime (así por ejemplo, DE ÁNGEL YAGÜEZ, «La reparación de daños personales en el Derecho español, con referencias al Derecho comparado», *Revista Española de Seguros*, 1989 (57), p. 83; LACRUZ, *et al.*, *Elementos II-2...*, p. 486 o VICENTE DOMINGO, «El daño...», p. 215).

De todas formas, ha de admitirse que en general nuestra doctrina no ha estudiado en profundidad esta cuestión; las escasas referencias que existen suelen centrarse en la indemnización por causa de muerte, donde se suelen limitar además, por lo general, a afirmar su existencia y admisibilidad en el derecho español.

¹⁴⁵. Según VICENTE DOMINGO (*Daños corporales...*, p. 212; «El daño...», p. 255) hay tres tipos de sistemas: los que parten de cláusulas generales de responsabilidad y admiten los daños de terceros por lesiones o fallecimiento de la víctima (francés, belga y español); los que se remiten a normas específicas (inglés) y los que contienen en sus códigos una regulación específica y limitada (alemán o portugués).

Sin embargo, en los países en que este tipo de daños se encuentra más limitado, suele permitirse la indemnización de un daño indirecto agravado en los supuestos del llamado daño por *shock* o por *psychiatric injury* (según señala ROGERS, *op. cit.*, pp. 158-159, que se denominan actualmente). Tal es el caso, por ejemplo de

través de la cual se amplía de forma extraordinaria la responsabilidad, al permitir un incremento del número de damnificados¹⁴⁶.

Por ello, en muchas ocasiones se ha tratado de limitar los sujetos que pueden reclamar por un daño indirecto, reduciéndolo a los parientes cercanos¹⁴⁷. Aunque tal es el caso de las acciones de *wrongful birth* —en que la reclamación del daño de rebote corre a cargo de los progenitores del niño—, hay que señalar de todas formas que en nuestro caso —al igual

Alemania (ver al respecto, MARKESINIS y UNBERATH, *op. cit.*, pp. 47-48 y 115 y siguientes y WEBER, *op. cit.*, pp. 44-45) o de los países anglosajones (VON BAR, *Vol. II*, pp. 63, 76 y 82-84; MARKESINIS y DEAKIN, *op. cit.*, p. 73 o ROGERS, *op. cit.*, pp. 160-165), donde es necesario que el dolor o la impresión experimentada se refleje en la víctima como dolencia o enfermedad propia, por lo que no se corresponde exactamente con la idea del daño de rebote.

Esto condiciona la apreciación del daño que aquí se plantea en relación a las acciones de *wrongful birth*. Así, mientras que CAPRON (*op. cit.*, pp. 640-642) no parece encontrar dificultades para afirmar la existencia de un daño por el sufrimiento psicológico de la crianza y cuidado del niño, DOBBS niega la aplicación de estas teorías, en tanto que también los progenitores son víctimas de la conducta del responsable, no meros espectadores (*op. cit.*, pp. 795-796).

¹⁴⁶. Como señalan VINEY y JOURDAIN (*op. cit.*, p. 143), el riesgo existe especialmente respecto del daño moral indirecto: «Sans doute, ce danger n'est-il pas très grave en ce qui concerne les dommages patrimoniaux. Rares sont en effet les personnes qui versent régulièrement des subsides à une multitude de gratifiés et, si la victime initiale est un père de famille nombreuse, il n'est, de toute façon, pas concevable de priver ses enfants d'un droit individuel à réparation. En revanche, pour le préjudice d'affection, le risque est plus sérieux car un décès peut, dans certains cas, causer une peine grave à de nombreuses personnes». Del mismo modo, entre nuestros autores señala ÁLVAREZ VIGARAY (*op. cit.*, p. 106): «la dificultad mayor que se presenta consiste en determinar qué clase de personas estarán legitimadas para exigir *iure proprio* la reparación, evitando, mediante el establecimiento de un criterio de delimitación, que la acción pueda deducirse por un número exagerado de personas».

¹⁴⁷. Así, por ejemplo, en Francia, la jurisprudencia exigía en un primer momento una relación jurídica o interés legítimo (*lien de droit*) que uniese a la víctima inicial con la víctima refleja; relación que, en el caso de daños patrimoniales, se manifestaba a través de la existencia de una obligación de alimentos entre ambos, mientras que en el caso de los daños morales se plasmaba en un vínculo de parentesco o afinidad que uniese a ambos dañados (CARBONNIER, *op. cit.*, pp. 382-383; MAZEAUD y MAZEAUD, *op. cit.*, pp. 362-365; VINEY y JOURDAIN, *op. cit.*, pp. 129-131). Sin embargo, este criterio fue ampliamente criticado durante las décadas de los años 50 y 60, hasta quedar definitivamente abandonado a partir de la sentencia de la *Cour de Cassation* de 27 de febrero de 1970 (MAZEAUD y TUNC, *Tratado I...*, pp. 447-450).

En nuestro caso, la limitación se encuentra en algunas disposiciones legales (como es el caso de la enumeración que se contiene en materia de indemnización por muerte de la víctima producida en la circulación de vehículos a motor; regulación que critica YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad...*, pp. 247-252). Pero igualmente, como recoge GÓMEZ CALLE («Los sujetos...», pp. 397-398), algunas sentencias han tratado de establecer «un orden lógico de afinidad con el causante» a fin de circunscribir la indemnización a los más próximos, con exclusión de los lejanos (SSTS [2ª] de 2 de julio de 1979 y [2ª] 23 de diciembre de 1985). Dicha tendencia, no obstante, es criticada por la autora, así como por LACRUZ BERDEJO (*et al.*) (*Elementos II-2...*, p. 487) y PARRA LUCÁN, «15 de febrero de 1994...», p. 574), pues no hay razón para distinguir.

De hecho, en nuestro caso se parte de una gran amplitud en la legitimación activa por el daño de rebote. En palabras de VICENTE DOMINGO (*Daños corporales...*, p. 227-228), «si la concurrencia de varias personas en las mismas circunstancias hace que la responsabilidad sea muy gravosa, es al legislador a quien le corresponde jerarquizar quiénes, legalmente pueden sufrir por la muerte de un allegado».

que en el caso francés— no se suelen establecer tales limitaciones: se admite, en general, la reclamación del daño indirecto por cualquier sujeto que acredite haber sufrido un daño¹⁴⁸.

3. Esta amplitud teórica del número de perjudicados permite examinar una cuestión que se mencionó en el primer capítulo sobre la posibilidad de que esta reclamación fuera interpuesta por sujetos diferentes de los progenitores (hermanos, abuelos...). Para responder a esta pregunta habrá que determinar si realmente han sufrido un daño en su esfera personal o patrimonial por la situación en que se encuentra el niño, acreditación que, por supuesto, también deberán hacer los progenitores.

- En el caso del daño moral, la reclamación del daño de rebote de uno o ambos progenitores —en tanto que ambos son titulares por sí mismos de este daño por su relación con el niño—, goza a su favor, en general, de una presunción *iuris tantum* a partir de la cual queda acreditado el dolor o sufrimiento ante la situación desvalida en que se encuentra su hijo¹⁴⁹. No obstante, tal presunción quedará desvirtuada en la medida en que se demuestre

¹⁴⁸. Entre los franceses, la tendencia actual se inclina por indemnizar el daño de rebote a favor de cualquier persona que acredite haber sufrido un daño como consecuencia del experimentado por la víctima (MALAURIE y AYNÈS, *op. cit.*, p. 62; MAZEAUD y TUNC, *Tratado I...*, pp. 450-454; VINEY y JOURDAIN, *op. cit.*, p. 132).

En nuestro caso la situación de limitación entre parientes o perjudicados no llegó a producirse, pues la aceptación de este tipo de daños se produjo de forma indirecta a raíz del problema de la indemnización por causa de muerte de la víctima del daño. En este ámbito, si bien en un inicio la reclamación parecía quedar restringida a los herederos del fallecido, no se trataba de la reclamación por el daño de rebote sino de un problema de transmisibilidad de la responsabilidad *mortis causa* (problema diferente al aquí planteado, según pone de relieve VICENTE DOMINGO, *Daños corporales...*, pp. 214-215 y 250). El resultado del debate que se suscitó en torno a esta cuestión entre doctrina y jurisprudencia (ver al respecto, por todos, GARCÍA LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 212-246 y PANTALEÓN PRIETO, «Diálogo...», pp. 1567-1585, «La indemnización...», pp. 617-620 y «Artículo 1902...») llevó a la admisión implícita de la teoría del daño de rebote de forma amplia.

De hecho, se ha acabado admitiendo que en caso de muerte de la víctima del daño corresponde una reclamación *iure proprio* por daño de rebote a los sujetos que se vean perjudicados por tal hecho (en palabras de la STS [2ª] de 25 de junio de 1983: «la persona ligada a la víctima por vínculos próximos de familia, afecto, relaciones de convivencia real, dependencia económica u otras situaciones de recíproca asistencia y amparo que determinen real y efectivamente perjuicios derivados directamente de la muerte producida por el hecho ilícito»). Los herederos podrán, no obstante, ejercitar la acción de responsabilidad que hubiera interpuesto la víctima que hubiera fallecido antes de la sentencia. Para una recopilación de la jurisprudencia al respecto, ver GÓMEZ CALLE, «Los sujetos...», p. 398-400 y PANTALEÓN PRIETO, «La indemnización...», pp. 643-647.

Por ello, el principio en nuestro Ordenamiento es que no existe un límite por la persona del perjudicado indirecto, el límite se encuentra en la acreditación del daño. En este sentido, LACRUZ BERDEJO (*et al.*), *Elementos II-2...*, pp. 486 y 487; REGLERO CAMPOS («Conceptos...», pp. 95-97 y VICENTE DOMINGO (*Daños corporales...*, p. 227-228).

¹⁴⁹. En el caso de Francia se aplica una presunción respecto del daño moral en relación a los parientes más próximos de la víctima inicial, aunque no respecto del daño patrimonial, donde se exige la prueba de la interrupción de una ayuda proporcionada en efecto por la víctima o, al menos, una esperanza seria de ayuda alimentaria futura (CARBONNIER, *op. cit.*, p. 389 o VINEY y JOURDAIN, *op. cit.*, pp. 132-134).

Del mismo modo, en nuestro país, GÓMEZ CALLE («Los sujetos...», p. 397); PARRA LUCÁN («15 de febrero de 1994...», p. 576) y VICENTE DOMINGO (*Daños corporales...*, pp. 228-229) afirman la aplicación de una presunción *iuris tantum* que actúa en el ámbito familiar, cuya prueba en contrario consiste en acreditar la

que no se produce repercusión sobre la esfera anímica del progenitor (por ejemplo, por falta de convivencia con el niño)¹⁵⁰.

Cuando la demanda sea interpuesta por otros sujetos, la prueba del daño moral por carambola será más difícil de acreditar, puesto que no siempre se podrá aplicar la presunción derivada de la convivencia y del parentesco (dependerá, obviamente, de quién interponga la demanda). Además, hay que señalar que en estos casos es difícil que se acepte el daño, dado lo remisos que son los tribunales en la aceptación de estas acciones¹⁵¹.

- En relación al daño patrimonial, el daño indirecto existirá en la medida en que los progenitores deban hacer frente a los gastos originados por el niño (y únicamente en tal medida)¹⁵². No obstante, veremos posteriormente que esto no se remite directamente a todos los gastos que el niño genera.

La reclamación de otros sujetos en este ámbito podría plantearse respecto del daño patrimonial que sufren los progenitores por el hecho del nacimiento del niño discapacitado¹⁵³. En concreto, los demás hijos de la pareja pueden alegar que sus intereses se ven lesionados por la repercusión que el nacimiento del nuevo ser tiene para el patrimonio de los

ruptura de los lazos de afecto o la convivencia. En todo caso, al estilo francés, señala VICENTE DOMINGO que la presunción no opera respecto del daño patrimonial indirecto, que deberá ser acreditado por el perjudicado («Sentencia del Tribunal Supremo de 8 febrero de 1994», CCJC, 1994, (mg 931), p. 526).

¹⁵⁰. El daño de rebote no surge del parentesco, sino de la incidencia que un determinado daño produce en un perjudicado distinto. En este sentido, VICENTE DOMINGO, de hecho, muestra sus dudas sobre el reconocimiento de una demanda por los daños producidos a un hijo respecto del progenitor no conviviente («Sentencia...», p. 525).

¹⁵¹. Como ejemplo de esto, pese a que en la STS 7 de junio de 2002 no se llegó a resolver la cuestión —aunque la demanda fue inicialmente interpuesta por los progenitores también en nombre de los hermanos del niño—, ya que la pretensión fue desestimada en apelación y no se recurrió en casación, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU consideraban que la indemnización era dudosa, pues se habría de fundamentar en un daño moral genérico y difuso («Sentencia...», p. 1118).

¹⁵². Por tanto, estos gastos no serán indemnizables, al menos, en dos casos: el primero, planteado en el caso estadounidense *Becker v. Schwartz*, se plantea cuando los padres dan en adopción al niño. Esto impide que puedan reclamar por los daños económicos futuros (según STEINBOCK, en estos casos es injusto permitir a los progenitores que obtengan una indemnización que no beneficiará al niño; *op. cit.*, p. 20). El segundo se plantea cuando el niño muere antes o durante la reclamación de responsabilidad, circunstancia que impedirá igualmente la indemnización por los gastos futuros aparejados a un niño que ya no existe.

La duda que surge es qué ocurre cuando el niño menor de edad dispone de un patrimonio con el que puede hacer frente a sus propios gastos, pues entonces ha de decidirse qué patrimonio sufraga los gastos, cuestión que veremos posteriormente al estudiar el daño patrimonial en las acciones de *wrongful life*.

¹⁵³. Plantear la posibilidad de un daño patrimonial indirecto derivado de la situación del niño enfermo frente a otros sujetos supone afirmar que debieran ser indemnizados los perjuicios que para el patrimonio de otros sujetos ocasiona el hecho de la condición enferma del niño. Dado que es difícil imaginar otros perjuicios en este ámbito, al margen de una posible obligación de alimentos frente al niño, la admisión aquí del daño patrimonial indirecto implicaría admitir la indemnización del deber de alimentos. La distinción entre ambos conceptos (indemnización y alimentos) sería complicada de realizar en este caso, de ahí que tal indemnización pudiera considerarse contraria al derecho de familia.

progenitores. De todas formas, teniendo en cuenta que, a su vez, el daño al patrimonio de los progenitores es un daño de rebote que deriva del que sufre el niño, es difícil que se llegue a aceptar este otro daño de rebote «de segundo grado», por así decirlo. Por ello, aunque hipotéticamente podría plantearse una reclamación por daño de rebote a cargo de sujetos distintos de los progenitores, tal reclamación resulta complicada de articular.

4. La restricción a los daños admitidos a través de esta teoría se produce en relación al presupuesto a partir del cual se admite el daño reflejo del perjudicado, que en la actualidad queda reducido a los supuestos de muerte y de lesiones físicas o psíquicas de la víctima directa (no se han reconocido en otros ámbitos y es difícil que se reconozcan).

Respecto de este último caso, que es el que más se adecua al supuesto del daño reclamado por los progenitores de las acciones de *wrongful birth*, hay que señalar que su aceptación como fuente de daños fue más tardía, pero que actualmente no se duda de su reconocimiento, puesto que se parte de la idea de que el daño que puede experimentar a partir de ello el perjudicado indirecto es también grande¹⁵⁴.

A pesar de que en estos casos el reconocimiento de un daño de rebote se ha condicionado en ocasiones a la constatación de que las lesiones de la víctima directa sean graves¹⁵⁵, tal requisito —si se admite como presupuesto de la reclamación en estos casos de un daño de rebote¹⁵⁶— no es un obstáculo en el caso de las acciones de *wrongful birth*, puesto

¹⁵⁴. Según MAZEAUD y MAZEAUD (*op. cit.*, pp. 71 y 365), no había motivo para distinguir el hecho de la muerte, frente al de las lesiones (idea que repiten junto a CHABAS, *op. cit.*, p. 424).

Entre nuestros autores, señala GÓMEZ CALLE («Los sujetos...», p. 400): «estarán legitimados para exigir la correspondiente indemnización quienes ven cómo un ser querido padece una lesión o contrae una enfermedad grave o incurable, cuyo tratamiento les supone gastos, y que incluso puede determinar la dependencia del afectado respecto de ellos para el resto de sus vidas, con los correspondientes daños, que pueden ser tanto morales como patrimoniales», opinión igualmente presente en DE ÁNGEL YAGÜEZ («La reparación...», p. 83); GARCÍA LÓPEZ (*op. cit.*, pp. 247-248); PANTALEÓN PRIETO («La indemnización...», p. 638; «Artículo 1902...», p. 2001); ROCA TRÍAS (*Derecho...*, p. 131) y VICENTE DOMINGO (*Daños corporales...*, p. 223).

La jurisprudencia se muestra igualmente acorde con la indemnización del daño de rebote derivado del daño físico o psíquico de la víctima directa. Ejemplos de ello son las SSTs de 9 de febrero de 1988, 30 de julio de 1991, 23 de abril de 1992, 8 de febrero de 1994, 15 de octubre de 1996 y 10 de diciembre de 1997.

¹⁵⁵. Así lo exige nuestra jurisprudencia en general y la mayoría de la doctrina (ÁLVAREZ VIGARAY, *op. cit.*, p. 106; GARCÍA LÓPEZ, *op. cit.*, p. 251 o VICENTE DOMINGO, *Daños corporales...*, p. 223 y El daño..., p. 255). Igualmente, la Resolución (75-7) del Consejo de Europa de 14 de marzo de 1975 reconoce el daño de rebote para el supuesto de lesiones, si bien limitada a lesiones graves (artículo 13).

¹⁵⁶. De hecho, este requisito ha sido abandonado en Francia a partir de 1977, fecha en que la *Cour de Cassation* afirmó como suficiente la prueba de un daño cierto (JOURDAIN, *Principes...*, p. 137; VINEY y JOURDAIN, *op. cit.*, pp. 140-141). Del mismo modo, la doctrina francesa prescinde en la actualidad de este requisito (ver, entre otros, MALAURIE y AYNÈS, *op. cit.*, p. 61; TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE, *op. cit.*, p. 644).

Según VICENTE DOMINGO (*Daños corporales...*, p. 216; «El daño...», p. 255), la evolución en nuestro país parece seguir la misma línea: «se prescinde también del argumento del “carácter excepcional” de las heridas o

que, como ya se ha dicho anteriormente, en estas acciones se parte de tal presupuesto de gravedad (pues sólo en esos casos se puede proceder al aborto y, por extensión, a reclamar por la lesión de la libertad de procreación). Por tanto, no parece existir obstáculo a la identificación de estos posibles daños indirectos.

5. Tampoco es un obstáculo a la reclamación por parte de los progenitores el hecho de que el daño del que procede el perjuicio de los damnificados indirectos sea la discapacidad o enfermedad del niño.

Por un lado, la identificación del daño en la lesión de los bienes e intereses espirituales y patrimoniales de los progenitores debería alejar este elemento del hecho del nacimiento del niño o de su situación enferma. Aunque tal hecho sea aquél del que trae causa el daño reclamado, ello no implica su propia identificación como daño. El argumento es, de hecho, el mismo que fundamenta la *Trennungslehre* (por lo que también podrán trasladarse a este caso la mayoría de las críticas y respuestas argumentadas en torno a esa teoría).

Por otro lado, aunque se pueda dudar de la identificación de un daño resarcible para el niño, esto no afecta al daño de los progenitores como perjudicados indirectos. La teoría del daño de rebote no exige la calificación del daño de la víctima directa como daño resarcible. Como agudamente señala CHABAS, prueba de ello es que se aplica esta teoría al supuesto de muerte de la víctima directa, respecto de la cual parece que existe un consenso actualmente que niega que ésta experimente en sí daño alguno¹⁵⁷. Así, en la medida en que los progenitores vean afectada su esfera personal o patrimonial por la situación gravemente

lesiones sufridas». Así, afirma la autora que actualmente se extiende la apreciación del daño de rebote a otras lesiones, aunque no sean calificadas de graves.

¹⁵⁷ . *Op. cit.*, p. 2310. Igualmente, MAZEAUD (*op. cit.*, p. 334). En contra parecen situarse JOURDAIN («le préjudice des parents est en effet un préjudice par ricochet qui suppose nécessairement l'existence d'un dommage direct résultant du handicap de l'enfant», «Réflexions...», p. 338); MALAURIE y AYNES («le préjudice par ricochet n'est pas réparable que dans la mesure où celui é trouvé par la victime première l'est aussi», *op. cit.*, p. 61) y VINEY y JOURDAIN («il n'y pas de dommage par ricochet sans dommage immédiat», *op. cit.*, p. 17).

No obstante, la exigencia por parte de éstos del daño de la víctima directa puede remitirse a la necesidad de que ésta se vea afectada por un evento que pueda repercutir sobre el patrimonio económico o moral de otros sujetos. De hecho, cuando VINEY y JOURDAIN estudian posteriormente la cuestión del daño de rebote (pp. 128 y siguientes) no sólo no mencionan tal cuestión, sino que incluso, al predicar la independencia entre la acción de la víctima directa y el perjudicado indirecto, parecen dar a entender que la suerte que corra la primera (y, por tanto, su posible rechazo) no afecta a la segunda.

enferma o discapacitada de su descendiente, se podrá afirmar en ellos un daño *par ricochet*, aunque el evento del que procede su daño no se calificara —en su caso— como resarcible¹⁵⁸.

Finalmente, el hecho de que el niño naciera ya con la lesión o defecto no es tampoco obstáculo a la apreciación de un daño indirecto. Si la esencia del reconocimiento del daño reflejo se encuentra en el propio impacto que tiene sobre la esfera anímica de un sujeto la contemplación de la desvalida situación de otro, el origen de estas lesiones no tiene importancia de cara a afirmar un posible daño de rebote. Es la situación en sí y no la causa de la misma lo que produce el daño en la esfera anímica de la víctima indirecta.

6. Por todo ello, parece que a través de esta teoría resulta posible la afirmación de un daño a partir del cual pueden reclamar los progenitores por *wrongful birth*, daño que, aceptado en general en nuestro sistema, se separa adecuadamente del hecho del nacimiento del niño, por lo que no parece plantear graves obstáculos a su admisibilidad¹⁵⁹.

2.3. El argumento en contra de la existencia de un daño: la compensación o eliminación del daño por el beneficio de la paternidad

1. Enunciado por algunos tribunales estadounidenses en relación a las acciones de *wrongful conception*, pero aplicado también en ocasiones a las de *wrongful birth* (si bien ciertamente con menor énfasis), este argumento sostiene que el posible daño que se origine por el nacimiento del niño discapacitado se ha de contraponer a la alegría de la paternidad y

¹⁵⁸ . Por otra parte, como se acaba de señalar, entre las acciones por daño directo y por daño de rebote suele predicarse una independencia o autonomía (así, en Francia, VINEY y JOURDAIN, *op. cit.*, pp. 144-146; y en España, ÁLVAREZ VIGARAY, *op. cit.*, p. 107 y VICENTE DOMINGO, *Daños corporales...*, p. 249; «El daño...», p. 215, aunque en p. 255 parece contradecir esta opinión al afirmar que «por su origen, es un daño causalmente dependiente del daño inicial, con las importantes consecuencias prácticas en el terreno de la prueba y de las excepciones que ello implica»).

Aunque esta aceptación no es total cuando se plantea la oponibilidad al perjudicado indirecto de la concurrencia de culpas de la víctima directa (la jurisprudencia parece inclinarse por admitir la concurrencia, según PANTALEÓN PRIETO, «La indemnización...», p. 648 y VICENTE DOMINGO, *Daños corporales...*, pp. 256-259), esta aparente excepción a la independencia no es tal, pues lo que se plantea en realidad es un problema de relación de causalidad: cuando la causación del daño se puede atribuir total o parcialmente a la propia víctima, el agente únicamente habrá contribuido a su producción, motivo por el cual es adecuado restringir su responsabilidad a la parte que corresponde a su actuación.

¹⁵⁹ . De todas formas, como se verá en su momento, el problema en estos casos reside en materia de nexo causal (como destaca también VICENTE DOMINGO, *Daños corporales...*, p. 223; «El daño...», p. 255), pues desde un punto de vista jurídico será difícil imputar al profesional sanitario este daño de rebote derivado de unas lesiones que no ha provocado él mismo.

la satisfacción que proporciona el niño¹⁶⁰. Esto lleva a negar que exista un daño resarcible: el niño nacido –aunque enfermo–, no es un daño, porque el posible dolor que conlleva el nacimiento, o los gastos que genera, quedan compensados con el beneficio que proporciona el placer de la nueva vida y la bendición de la paternidad.

Generalmente, además, este tipo de argumento suele ir acompañado de la alegación de que tras el nacimiento el niño ha sido o será aceptado en el ámbito familiar, lo que pretende demostrar que el daño queda sobrepasado por el propio beneficio del nacimiento.

2. En realidad, esta teoría –que ha gozado de escaso predicamento entre nuestros autores o tribunales– se suele manifestar bajo dos formas distintas¹⁶¹: bien como argumento para excluir el daño (no puede haber daño por el nacimiento, ya que tal nacimiento es siempre un beneficio)¹⁶², bien como argumento para reducir la indemnización por el daño (sin negar que pueda existir un daño por causa del nacimiento, se estima que en su cálculo se han de tener en cuenta otras circunstancias –los beneficios de la paternidad– que influyen en el monto del daño)¹⁶³.

¹⁶⁰. Tanto DOBBS (*op. cit.*, pp. 798-800), como MARTÍN CASALS (*op. cit.*, pp. 188-189); MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Responsabilidad...», p. 1643) o TEFF (*op. cit.*, pp. 430-432) estudian de hecho este tipo de argumentos indicando su origen en las cortes estadounidenses y anglosajonas. De hecho, el origen en ese entorno se encuentra en el reconocimiento y aplicación generalizada de la llamada «regla del beneficio» (*offset rule* o *benefits rule*) recogida en el *Restatement (Second) of the law of Torts* (1979), § 920, que dispone: «When the defendant's tortious conduct has caused harm to the plaintiff or to his property and in so doing has conferred a special benefit to the interest of the plaintiff that was harmed, the value of the benefit conferred is considered in mitigation of damages, to the extent that this is equitable».

Pero el ámbito de esta teoría es mayor, puesto que también se acude a ella ocasionalmente en Alemania. De hecho, PICKER («Wrongful birth...», pp. 532-533) considera que la compensación se ha de aplicar al menos respecto de los casos en que el niño pase a ser deseado y la indemnización consista en una renta periódica, o los casos en que el nacimiento conlleve también ventajas (aunque admite la dificultad de esta aplicación). Indica el autor que, de lo contrario, los padres se quedarían con todo el beneficio (idea también presente en el ámbito estadounidense, por ejemplo, en el caso de JACKSON, «Wrongful...», p. 381; el caso *Berman v. Allan*): «die Eltern tragen keinerlei Unterhaltspflichten; sie haben aber dennoch ein Kind».

¹⁶¹. Ambas son puestas de relieve tanto por FURROW (*et al.*), *op. cit.*, p. 922, como por SYMMONS (*op. cit.*, p. 284): «American courts, as indeed also continental courts, have been greatly divided on whether this factor is truly one of public policy so as to deprive the parents of any tortious claim *ab initio*, or whether it is rather merely a factor which may reduce damages as a matter of mitigation»). Entre nosotros, esta misma doble tendencia ha sido puesta de relieve por MARTÍN CASALS (*op. cit.*, p. 189) y MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Responsabilidad...», p. 1643).

¹⁶². Esta primera manifestación del argumento, no obstante, hay que entender que reduce su posible efectividad a aquellos casos en los que el daño reclamado sea el propio nacimiento del niño, pues cuando el daño se fija en otra de las circunstancias que rodean al nacimiento, no siempre es posible encontrar una relación entre el daño reclamado y la circunstancia compensable que justifique suficientemente la negación del daño. De hecho, según VICENTE DOMINGO, es un requisito de la teoría de la compensación la conexión causal entre las ventajas que se tratan de compensar («El daño...», pp. 263-264).

¹⁶³. En concreto, afirma PACE (*op. cit.*, pp. 156-157) que con esta teoría no se niega la existencia de un daño, sino que es un argumento que se fija en la indemnización. Por tanto, cuando tal es su perspectiva, no debe

De hecho, esta segunda perspectiva es la que parece manejarse en la actualidad entre los tribunales estadounidenses en el caso concreto de los nacimientos de niños afectados por defectos o enfermedades. La aplicación a las acciones de *wrongful birth* de la primera perspectiva es puesta en duda por la doctrina y la jurisprudencia de aquél país, remisos en cierto modo a afirmar un beneficio que supere la condición enferma del niño¹⁶⁴.

3. En todo caso, hay que señalar que en general son numerosos los autores que critican este tipo de argumentos, sobre la base de diversos razonamientos que niegan tanto el presupuesto lógico del razonamiento aquí expuesto, como su aplicación como vía de rechazo de las acciones de *wrongful birth*:

- En primer lugar, se niega la existencia de una relación entre los beneficios de la paternidad y el daño reclamado: el hecho de que los padres amen o no al niño no tiene que ver con el daño producido anteriormente. La base de este argumento se apoya en una doble justificación: por un lado, según VICENTE DOMINGO, la aceptación posterior del hijo no hace que desaparezca el daño moral anterior¹⁶⁵; por otro lado, iría *contra natura* exigir a los

considerarse como argumento en contra de las acciones de *wrongful birth*, sino, como mucho, de minoración del monto de la indemnización reclamada.

¹⁶⁴ . Parece que, cuando se trata de un niño enfermo, la tajante afirmación de que el daño que pueda producir su nacimiento queda compensado por las alegrías o beneficios que causa el nuevo ser resulta excesiva para los tribunales, que aprecian ciertos claroscuros en la bendición de tal nueva vida (PROSSER y KEATON, *op. cit.*, p. 371 nota 48). Especialmente expresivas al respecto fueron las palabras del caso *Atlanta Obstetrics & Gynecology Group v. Abelson*: «we would not even consider the theory that the joy of parenthood should offset the damages. Would anyone in their right mind suggest that where a healthy fetus is injured during delivery the joy of parenthood should offset the damages? There is no more joy in an abnormal fetus come to full term than a normal fetus permanently injured at delivery. Both are heartbreaking conditions that demand far more psychological and financial resources than those blessed with normal children can imagine».

Por ello, los tribunales oscilan, según DOBBS (*op. cit.*, p. 799-800), entre el rechazo total de esta regla (casos *Becker v. Schwartz*; *Greco v. United States*; *Liningier v. Eisenbaum*; *Moore v. Lucas* y *Schroeder v. Perkel*), y la aceptación restringida a la compensación del daño moral (idea que parece asumir igualmente DEWITT ROGERS, *op. cit.*, pp. 743, 751), tendencias que también se aprecian entre la doctrina (BERENSON, *op. cit.*, pp. 914-915; DOBBS, *op. cit.*, pp. 799-800; KELLY, *op. cit.*, p. 521 o TEFF, *op. cit.*, p. 430).

Sin embargo, hay también quien predica la plena vigencia de tales argumentos en relación a los casos de nacimiento de un niño enfermo. En concreto, BOPP, BOSTROM y MCKINNEY (*op. cit.*, p. 510) afirman rotundamente que, incluso, el beneficio es mayor: «the potential from emotional and spiritual benefits may be greater when raising a child with disabilities».

¹⁶⁵ . *Daños corporales...*, p. 109; «El daño...», p. 251 (igualmente, THÜR, *op. cit.*, pp. 77-78). Y tiene razón la autora, pues, desde un punto de vista jurídico, el daño moral no deja tampoco de ser tal por el hecho de que con el tiempo el dolor se vaya atenuando, ni queda excluida la reclamación de daños por lesiones por el hecho de que el tiempo las cure. Las circunstancias que sigan al acontecimiento dañoso no le privan de su carácter de daño; de lo contrario, no se indemnizaría nunca.

Esta misma objeción la plantea también HARRER (*op. cit.*, p. 35), que pone de relieve que no se trata de que se acepte o no el niño actual, sino de que se ha lesionado la decisión general de los progenitores respecto de la concepción o del nacimiento. Igualmente, GARCÍA RUBIO (*op. cit.*, p. 1218) afirma que no importa si los padres quieren o no al niño, porque el daño no es el niño, sino la carga de su educación o mantenimiento. Por

progenitores la prueba de que no aman a su hijo, so pena de que su reclamación quede rechazada o reducida por la compensación de sus supuestos beneficios¹⁶⁶.

- En segundo lugar, se critica esta línea argumental —fundamentalmente en su primera perspectiva— sobre la base de que se apoya sobre concepciones religiosas, morales o éticas para las que el niño es siempre una bendición¹⁶⁷. Sin embargo, es posible que los progenitores no compartan tales ideales y es, de hecho, el juicio personal y subjetivo de éstos el que se ha de tener en cuenta respecto del nuevo miembro de la familia¹⁶⁸. Así, la compensación entre el daño ocasionado por el nacimiento y el beneficio o alegría de la paternidad, en su caso, se debería realizar sobre la propia opinión de los progenitores concretos¹⁶⁹.

Por otra parte, esta afirmación absoluta de la bendición o alegría por el hijo nacido no toma en consideración todas las partidas relevantes para la compensación. Todo nacimiento no sólo conlleva alegrías para los progenitores, sino también preocupaciones y desvelos, que —puestos a compensar— deberían ser computados en el lado negativo de la balanza. La dificultad de calcular estas partidas y el consiguiente beneficio para el dañador si

el mero hecho de su nacimiento se adquiere una carga, a la cual no pueden renunciar los progenitores, por mucho que se pretenda que hay una compensación.

¹⁶⁶ . En este sentido se pronuncia MARTÍN CASALS (*op. cit.*, p. 188).

¹⁶⁷ . Señalan al respecto TERRE, SIMLER y LEQUETTE (*op. cit.*, p. 638) que afirmar que todo nacimiento es un evento feliz : «c'est faire œuvre de théologie ou de littérature, mais pas nécessairement de droit». En la misma línea, COLLINS (*op. cit.*, p. 697) pone de relieve que en Estados Unidos este argumento recoge una regla de *public policy*, más que de daños, e indica que el amplio espectro de circunstancias que pueden influir puede llevar a una arbitrariedad de la misma (p. 698).

¹⁶⁸ . Según ALLOITEAU (*op. cit.*, p. 30), como mucho, la idea de bendición ha de establecerse como presunción, que puede ser desvirtuada en el caso concreto. De hecho, ponen de relieve los autores que este juicio general positivo puede variar en relación al nacimiento de niños con defectos o malformaciones, como ya se ha dicho. En concreto, apunta JACKSON («Action...», p. 585) que el argumento de la santidad de la vida es inaplicable en el supuesto de niños enfermos o con defectos; y SEYMOUR (*op. cit.*, p. 128), que en ocasiones es difícil afirmar que la vida sea una bendición.

De forma más generalizada, en el caso estadounidense *Thake v. Maurice* se rechazó que el niño fuera siempre considerado como bendición, afirmación general que recoge también DICKENS (*op. cit.*, p. 87, que afirma que muchas parejas no desean tener hijos) o SYMMONS (*op. cit.*, p. 294, que niega la existencia de base para la presunción de que los padres obtendrán siempre alegría y satisfacción por el niño no deseado).

¹⁶⁹ . Esta opinión se sostuvo, entre otros argumentos, en el caso escocés *Anderson v. Forth Valley Health Board*, en el que se destacó que el hecho de que se valorase como bendición o como desastre el nacimiento entra dentro de la apreciación subjetiva de cada pareja y que carecía de base legal la afirmación de que el niño siempre compensa la pérdida. Igualmente, entre nuestros autores, GARCÍA RUBIO (*op. cit.*, p. 1220), en relación a las acciones de *wrongful conception*, afirma que «en general» no se puede afirmar que el nacimiento no puede ser fuente de disgusto o frustración, sino que «dependerá del caso concreto».

éstas no se tienen en cuenta en el cálculo del daño lleva a OSTHEIDE a aconsejar el rechazo de toda compensación (sea a favor o en contra)¹⁷⁰.

- En tercer lugar, se niega la posibilidad de comparar la vida con otros valores, como medio para reducir o excluir el daño. Los matices en torno a esta idea son variados. Así, mientras que unos parecen partir del principio de que la vida no se puede establecer como un parámetro de compensación en la teoría de la *compensatio lucri cum damno*¹⁷¹, otros señalan que el afecto por el niño no es una realidad comparable al daño que se dice que causa (y que no existe, pues, equivalencia entre los términos de la comparación)¹⁷² y otros, finalmente, rechazan la propia aplicación de la regla de la compensación.

Ahora bien, dejando de lado la última objeción (que es definitiva, al menos, en nuestro Ordenamiento, donde tal regla parece que se rechaza¹⁷³), en respuesta a estos argu-

¹⁷⁰ . *Op. cit.*, pp. 134-135. De hecho, este mismo argumento de rechazo es destacado por SYMMONS (*op. cit.*, pp. 293-294), que pone de relieve además que el supuesto beneficio requiere una prueba que sólo se puede considerar definitiva al final de la vida, pues en cualquier otro momento es un mero ejercicio de profecía.

¹⁷¹ . Entre ellos se cuenta ZANNONI («Tutela...», p. 635). Igualmente, este argumento se barajó en el caso estadounidense *Turpin v. Sortini*, cuando se negó la posibilidad de aplicación de la regla del beneficio, porque se trataba de términos de imposible cuantificación.

¹⁷² . Entre la doctrina anglosajona se destaca que la interpretación de la *offset rule* requiere que la compensación se realice entre intereses de la misma categoría: el daño resultante de la lesión de un interés no se compensa con el beneficio a un interés distinto (igualmente, en Alemania, DEUTSCH, «Das Kind...», p. 613 y VRANKEN, *op. cit.*, p. 896). A partir de ahí, tanto DOBBS (*op. cit.*, p. 800); como FURROW, *et al.* (*op. cit.*, p. 922); STRASSER (*op. cit.*, pp. 189-190) o TEDESCHI (*op. cit.*, p. 538) niegan la compensación de las pérdidas financieras con el placer por el niño nacido. Sin embargo, en contra de esto BOPP, BOSTROM y MCKINNEY rechazan como demasiado estricta la interpretación de la regla de la compensación que exige categorías iguales (*op. cit.*, p. 511) y KELLEY (*op. cit.*, p. 947) señala que no se pueden separar en ningún caso los beneficios de los daños, pues dependen unos de los otros.

Fuera de dicho país, OSTHEIDE (*op. cit.* p. 134) se adscribe a este argumento de rechazo de la regla del beneficio, al afirmar que la distinta base cualitativa entre factores materiales e inmateriales determina que no sean comparables entre sí: el valor inmaterial del niño no se puede computar en dinero ni ponerse en relación con las cantidades que deben gastar los padres para su mantenimiento. Esta misma tendencia es la que se aprecia entre nuestros autores. Así, LLAMAS POMBO («Sentencia...», p. 1019); MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Responsabilidad...», p. 1643-1644) y MARTÍN CASALS (*op. cit.*, p. 190). De hecho, según VICENTE DOMINGO, es un requisito para poder aplicar la compensación que el origen de las ventajas sea común, lo cual se interpreta como igualdad en la naturaleza («El daño...», pp. 263-264).

¹⁷³ . En nuestro país, la regla del beneficio –*compensatio lucri cum damno*– consiste, según Díez-PICAZO (*Daños...*, p. 319), en determinar, cuando el mismo hecho que produce el daño ocasiona también a favor de la víctima un beneficio o un lucro, si tales lucros o beneficios deben ser tomados en consideración para cuantificar el daño indemnizable. Según este autor, es una teoría no recogida de forma general en ningún precepto y que no ha sido aplicada por nuestra jurisprudencia, salvo en una STS de 15 de diciembre de 1981 (p. 321). De hecho, PANTALEÓN PRIETO se opone a ella («La indemnización...», p. 648), aunque sostenga FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 236) que la doctrina se muestra de acuerdo con su aplicación.

Concretamente, en relación a las acciones aquí estudiadas, este argumento ha obtenido muy escaso predicamento entre los tribunales españoles (MARTÍN CASALS, *op. cit.*, pp. 189-190): GARCÍA RUBIO se refiere a esta regla indirectamente como vía de reducción del daño, al señalar como elementos que pueden tomarse en cuenta para fijar el monto de la indemnización «las eventuales ventajas patrimoniales que los padres puedan derivar del nacimiento del hijo no querido» (*op. cit.*, p. 1219).

mentos los partidarios del razonamiento expuesto buscan una comparación entre términos iguales. Así, por un lado, en el plano económico, compensan las cargas que va a ocasionar el nuevo ser nacido con las ventajas y posibles ganancias futuras a cargo del mismo¹⁷⁴, y en el plano sentimental, compensan el dolor que se pueda experimentar por el nacimiento del niño con el placer de su crianza y de su existencia día a día¹⁷⁵. Con ello se salva, quizá, la objeción aquí planteada, pero no las dos anteriores.

- Finalmente, en cuarto lugar, se ataca la propia adecuación de estos casos a los presupuestos de la *compensatio lucri cum damno*. Según OSTHEIDE, la jurisprudencia hace depender de dos condiciones la compensación de ventajas: una de hecho y una de derecho. Por un lado, entre el evento dañoso y la ventaja debe existir una relación de causalidad adecuada. Por otro lado, desde el punto de vista de la víctima, el cómputo de la ventaja debe serle exigible (debe corresponder al fin de la indemnización de daños y no debe descargar arbitrariamente al dañador)¹⁷⁶.

Este último requisito, sin embargo, no concurre respecto a las ventajas económicas que puedan recibir los padres a consecuencia del nacimiento del niño, ni tampoco en las ventajas inmateriales frente al dolor por el nacimiento, pues se trata de beneficios que no eran buscados ni deseados por los progenitores¹⁷⁷.

¹⁷⁴ . Ésta fue la opinión de la sentencia del *Tribunale di Milano* de 20 de octubre de 1997, pero también ha sido sostenida por ZANNONI (*El daño...*, p. 154) la idea de que frente al daño patrimonial ocasionado a los progenitores se han de integrar las expectativas de un apoyo futuro por parte del niño. Si bien el autor trata en realidad del supuesto de muerte del *nasciturus*, la misma idea se puede aplicar al niño que nace en condición que impide tal apoyo.

De todas formas, hay que advertir que estas ventajas y beneficios futuros habrán de considerarse con cuidado en los casos de *wrongful birth*, puesto que no es previsible en todo caso que el niño nacido con discapacidades constituya una posible fuente de ingresos para los padres. Por otra parte, lo cierto es que se trata de beneficios eventuales, especulaciones que dependen de muchos factores inabarcables para una valoración.

¹⁷⁵ . DOBBS (*op. cit.*, p. 799) señala a este respecto que el primer caso estadounidense que realizó esta compensación parcial del daño moral fue *Lovelance Medical Center v. Mendez* (donde únicamente se permitió la compensación del daño moral, ya que se trataba de daños de igual especie), que puso fin a la tendencia a permitir la compensación de estos beneficios tanto frente al daño moral, como frente al daño patrimonial.

¹⁷⁶ . *Op. cit.*, p. 133.

¹⁷⁷ . En esta misma línea, DICKENS (*op. cit.*, p. 89), FURROW, *et al.* (*op. cit.*, p. 922) y KELLY (*op. cit.*, p. 519) rechazan la aplicación de la regla del beneficio, por el hecho de que la alegría de criar al niño no es un beneficio deseado, sino el beneficio por el que precisamente los progenitores interponen la demanda. Los segundos, de hecho, señalan la ironía de admitir en estos casos la compensación: «their negligent conduct [la de los demandados, hay que entender] is better for the plaintiff than their non-negligent conduct would have been». Aunque tal argumentación es más propia de las acciones de *wrongful conception*, en que se parte de un nacimiento no deseado, también se pueden aplicar a las de *wrongful birth*, pues no se permite a los progenitores decidir libremente si desean o no asumir los supuestos beneficios derivados del nacimiento del niño enfermo.

4. Por todas estas críticas, además de por el hecho de que la propia afirmación del argumento sea puesta en duda para el supuesto del nacimiento de niños discapacitados (o que se reduzca en tales casos a un argumento de minoración de la indemnización), ha de afirmarse que se trata de una teoría cuya fuerza como argumento de rechazo de las acciones de *wrongful birth* puede ser, cuanto menos, puesta en duda.

2.4. La afirmación del daño en las acciones de *wrongful birth* y su valoración

1. Como se anunció desde un principio, la perspectiva desde la que se aborda en este trabajo el estudio de las acciones de *wrongful birth* es favorable a la estimación de la responsabilidad en las mismas, punto de partida que ha de ser contrastado con los datos normativos que rigen la responsabilidad en nuestro sistema.

Desde este punto de vista, y en atención a lo dicho hasta ahora, una vez separado el daño reclamado de la vida del niño —única objeción real, pues es la identificación del daño en el hecho del nacimiento lo que se rechaza que sea un daño antijurídico o un daño resarcible—, no nos parece que existan graves obstáculos jurídicos a la identificación de un daño en relación a la situación en que se encuentran los progenitores cuyo hijo nace discapacitado sin haber podido ellos decidir respecto a dicho nacimiento. El mayor argumento en contra de este daño (la compensación del mismo con el beneficio de la paternidad), como se acaba de ver, ha de ser puesto en duda.

2. Habiendo analizado igualmente los argumentos a favor y sus críticas, hay que decantarse por el acierto de dos de aquéllos en concreto: la teoría de la privación del libre ejercicio de la libertad de procreación o de la decisión sobre la facultad de aborto y la identificación de un daño moral o daño patrimonial indirecto¹⁷⁸. Al margen de la duda que ofrece el daño moral por la falta de preparación psicológica de los progenitores para el nacimiento del niño, los motivos para rechazar el resto ya se han visto en relación a cada uno de ellos, por lo que no merece la pena insistir en ello.

Si bien esto no supone que estos otros argumentos aquí aceptados estén libres de objeciones —como también se ha visto—, ofrecen una solución suficientemente atractiva y coherente con un concepto de daño resarcible como para plantear a través de cualquiera de ellos la reclamación de responsabilidad en las acciones de *wrongful birth*.

Por otra parte, se trata de argumentos en que se debería apreciar una clara separación entre el daño reclamado y el hecho de la vida o el nacimiento del niño. Pese a que tal evento se constituye como el origen o el presupuesto de estos daños (con lo que ciertamente una separación total no es posible), dicho acontecimiento no forma parte del daño reclamado. Éste se apoya en la valoración de la lesión de facultades o intereses de los progenitores y no en el hecho del nacimiento del niño (que, como mucho, se tiene en cuenta de forma indirecta a la hora de valorar el daño).

3. En la medida en que cada una de estas teorías identifica un daño diferente derivado del supuesto de hecho que da lugar a la responsabilidad por *wrongful birth* podría llegar a plantearse la reclamación de indemnización por parte de los progenitores por ambos tipos de daños. Ello podría acarrear un problema respecto de la duplicidad de indemnización del mismo daño (puesto que, como veremos a continuación, el parámetro de valoración de la privación de la facultad o de la libertad de decisión coincide en cierto modo con los daños indemnizados de rebote). Sin embargo, esta circunstancia no llegará a producirse, puesto que, como se verá a raíz del estudio de la relación de causalidad, es muy difícil afirmar el enlace causal y la imputación de la responsabilidad al profesional sanitario con respecto de los daños posteriores al nacimiento.

4. Identificados así los posibles daños que surgen frente a los progenitores que reclaman responsabilidad por *wrongful birth*, el siguiente problema que se suscita es el de su valoración; problema que, si bien no influye en el concepto de daño resarcible —no es un problema de daño, sino de indemnización—, dificulta en general su reparación.

Para tal valoración, no obstante, es necesario distinguir entre ambos supuestos:

5. En primer lugar, por lo que respecta al daño por privación de la facultad de decisión sobre el aborto, o sobre la libertad de procreación, su valoración resulta sumamente difícil, como suele ocurrir con todo daño no patrimonial. La facultad de interrupción del embarazo y la libertad de procreación, como opciones legales aquí derivadas del libre desarrollo de la personalidad, son bienes integrados en la esfera anímica de su titular, que buscan satisfacer intereses no materiales¹⁷⁹. Por ello, si ha de calificarse como un determinado tipo de daño, parece que estos perjuicios se han de calificar como daño moral¹⁸⁰.

¹⁷⁸ En este mismo sentido, PÉCRESSE (*op. cit.*, p. 378).

¹⁷⁹ Estas opciones ofrecidas por el Ordenamiento a los progenitores, además, carecen en sí mismas de contenido patrimonial (aunque ello no impide que se pueda acudir a ciertos parámetros para valorarlas, como ve-

A partir de ahí, surge la dificultad anunciada de su valoración. A fin de cuentas, la fijación del monto de la indemnización en estos casos supone cuantificar el valor de la privación de un elemento abstracto, como es una libertad o una facultad. No existe un mercado de libertades de procreación o facultades de interrupción del embarazo a partir del cual fijar su valor; ni existe un baremo o parámetro que permita aproximar esta cuantía (pese a las tentativas legales y doctrinales al respecto¹⁸¹). Por ello, la valoración quedará sometida, básicamente, al arbitrio judicial, con el consiguiente riesgo de disparidad en las diferentes indemnizaciones y de inseguridad jurídica¹⁸².

remos a continuación). Tal afirmación permite la calificación de estos perjuicios como daño moral, si se parte, como ÁLVAREZ VIGARAY (*op. cit.*, pp. 82 y 85); JOURDAIN (*Principes...*, p. 132) o MAZEAUD y CHABAS (*op. cit.*, p. 422), de que el carácter patrimonial o no patrimonial del derecho lesionado depende de la naturaleza no patrimonial de los daños de los que se trata, que no se pueden evaluar en dinero, sino que ha de ser el juez quien fije equitativamente la indemnización.

¹⁸⁰. Así lo califica con claridad CECCHINI ROSELL (*op. cit.*, p. 187) y de forma más matizada BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («4 de febrero de 1999», p. 858) o MARTÍN CASALS (*op. cit.*, p. 195). Junto a ellos, el Voto Particular de la STS de 4 de febrero de 1999: «[la opción de abortar], si concurren las condiciones dispuestas en la ley, se integra sin duda como una facultad legal de la gestante de manera que [...] el solo hecho de la privación al derecho indicado afrenta y menoscaba una de las atribuciones incluidas en su fuero personal».

¹⁸¹. Son diversos los autores que reclaman un sistema de objetivación y homogeneización (que no de uniformización; DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado...*, p. 692) del daño (entre otros, BUSTO LAGO, *La antijuridicidad...*, p. 93 y HOYA COROMINA, «La valoración del daño corporal», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Coordinado por J.A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid 2000, pp. 262-263), bien a través de baremos más o menos flexibles que admitan en su seno la discrecionalidad del tribunal en la valoración del caso concreto; bien a través de otros sistemas (v. gr., tablas orientativas: ROMEO CASABONA, «Landesbericht...», p. 340). Como señala REGLERO CAMPOS («Conceptos...», pp. 89-92), «por el mismo título de imputación, a igual daño debe corresponder igual indemnización».

De hecho, un sistema de baremos es el que se ha establecido en el ámbito de la circulación de vehículos a motor por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (que establece en su Disposición Adicional Octava la incorporación a la Ley sobre Responsabilidad civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de motor de un Anexo con unas tablas para valoración del daño). Esta disposición, no obstante, ha generado una amplia polémica respecto de la constitucionalidad de tales baremos, por la pretendida restricción de la potestad jurisdiccional que tradicionalmente se ha atribuido la facultad de fijación del *quantum* indemnizatorio; polémica que se ha trasladado incluso a un debate entre el Tribunal Constitucional (SSTC de 181/2000, de 29 de junio y 242/2000, de 16 de octubre) y el Tribunal Supremo (STS de 26 de marzo de 1997, aunque rectifica su posición en la STS [2ª] de 20 de diciembre de 2000). A partir de ahí, la doctrina se ha dividido entre los partidarios del sistema de baremos (por todos, RUBIO LLORENTE, «Sobre la supuesta inconstitucionalidad del sistema de baremos para la cuantificación de los daños personales en la Ley 30/1995», *La Ley*, 1997, D-37, pp. 1972-1976) y los contrarios al mismo (por todos, PANTALEÓN PRIETO, «Sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales de la Ley sobre Responsabilidad civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1996 (245), pp. 1-4 y «De nuevo sobre la constitucionalidad del sistema para la valoración de los daños personales de la Ley sobre Responsabilidad civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor», *La Ley*, 1997, D-63, pp. 2080-2084). Ver sobre esta cuestión, HOYA COROMINA (*op. cit.*, pp. 273-287); REGLERO CAMPOS («Conceptos...», pp. 81-92) o YZQUIERDO TOLSADA («La responsabilidad...», pp. 238-247).

¹⁸². Como señalan BAÑEGUIL ESPINOSA y SALVADOR CRESPO (*op. cit.*, pp. 157-161), es una realidad que el daño moral escapa de una valoración objetiva. Generalmente la jurisprudencia se ha reservado la facultad de valorarlo, lo que ha llevado a que tal valoración quede al arbitrio de los tribunales, según las circunstancias del caso (ver al respecto, entre otras, SSTs de 3 de junio de 1991, 27 de julio de 1994, 21 de octubre de 1996

Esta inseguridad, no obstante, se atenúa si se emplea algún tipo de parámetro o guía en la valoración de esta facultad o esta libertad. En este sentido, sugiere MARTÍN CASALS tomar como criterio orientativo del valor de estas opciones legales las cargas aparejadas al nacimiento de la criatura en atención a las cuales se conceden estas facultades o libertades¹⁸³. A fin de cuentas, el reconocimiento realizado por la STC 53/1985, de 11 de abril, de la facultad de aborto embriopático (FJ 11) vino justificado en la idea de que debía permitirse a la mujer decidir si asumir o no la carga que supone un niño enfermo o discapacitado¹⁸⁴, por lo que esta facultad integra también este tipo de intereses. Así, cuando se priva a los progenitores de su decisión en esta materia no sólo se lesiona su dignidad o el libre desarrollo de la personalidad, sino que se les impide adoptar igualmente una decisión que involucrará indirectamente a su patrimonio, de ahí que esta incidencia pueda ser tenida en cuenta como criterio orientativo para valorar el daño¹⁸⁵.

Tal argumento remite este criterio rector al parámetro de los gastos especiales aparejados a la condición enferma o discapacitada del niño, puesto que son dichas cargas las

y 24 de septiembre de 1999). Los autores citados señalan que la consecuencia de tal actuación es una gran diferencia entre las cantidades conseguidas, deficiencias en la designación de los legitimados activos y falta de concreción de las partidas en que consiste la indemnización (p. 158). De hecho, esta disparidad de criterios jurisprudenciales ha llevado a autores como PÉREZ-TENESSA (*op. cit.*, p. 56) o SÁNCHEZ GÓMEZ («Sentencia...», p. 1073) a afirmar que esta valoración es una lotería, o que se presta a una evaluación fabulosa.

¹⁸³ Así lo argumenta el autor, tanto en solitario (*op. cit.*, p. 207), como junto a SOLÉ FELIU («Sentencia...», p. 1117). Tal argumento es más adecuado que el que sostiene BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, que valora directamente la privación sufrida sobre las consecuencias de ésta —el nacimiento del niño—, prescindiendo de la opción que hubiera adoptado la mujer. Sugiere, de hecho, que la medición del daño atienda a los gastos extraordinarios que el cuidado del niño discapacitado supone, así como el dolor y amargura que la vida del niño habrá de causar permanentemente a sus padres («4 de febrero de 1999...», p. 858). Pero esto es en cierto modo incoherente, ya que en la reclamación no se valora cuál hubiera sido el sentido en que habrían decidido los progenitores, sino únicamente que se les impidió decidir.

¹⁸⁴ Este pronunciamiento es refrendado, entre otros, por EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, pp. 351-352).

Como es lógico, en aquellos países donde no sea ésta la finalidad perseguida por la norma, los costes derivados del nacimiento del niño no podrán ser tenidos en cuenta para valorar la indemnización de la privación de la facultad de aborto. Tal es el caso, al parecer, de Austria, como afirma el informe del estudio de derecho comparado del *European Group on Tort Law* (MAGNUS, *et al.*, *op. cit.*, p. 20).

¹⁸⁵ Esto no supone alegar que el profesional sanitario causa estos gastos; lo que causa es la privación de la facultad o de la libertad de decisión, cuyo valor se fija en atención a las cargas patrimoniales y morales que se buscaba evitar con ellas.

Por otra parte, esto tampoco supone calificar como daño patrimonial el derivado de la privación de la facultad de aborto, pues el contenido de esta facultad no es evitar el daño patrimonial, sino salvaguardar la libre autodeterminación de la madre (sin perjuicio de que esta decisión se pueda adoptar de acuerdo con criterios económicos y no sólo personales). No se afirma, pues, que la privación produzca estos daños patrimoniales (criterio a partir del cual GARCÍA LÓPEZ calificaría de patrimonial el daño en su conjunto, *op. cit.*, p. 80), pues ello supondría dar un paso en la relación de causalidad que, como veremos, es difícil. En todo caso, calificar de patrimonial o moral este daño no tiene en nuestro Ordenamiento consecuencias prácticas. Aceptado, como ya se ha dicho, el daño moral contractual (siempre que se sitúe como daño integrado dentro del contrato), no es relevante tal calificación.

que motivan la concesión de la facultad de aborto. A la hora de fijar el valor de la privación de la facultad de aborto no se deberán tener en cuenta, pues, los gastos generales aparejados al nacimiento de un niño, ya que tal carga fue asumida voluntariamente por los progenitores al optar por la concepción¹⁸⁶.

Hay que advertir, no obstante, que cuando este mismo razonamiento se aplica a la privación de la libertad de procreación, se llega a un resultado distinto. La libertad de procreación, en principio, se concede a cada individuo para que decida de forma general sin injerencias externas si desea o no tener descendencia y no únicamente para permitirle decidir si concebir o no niños enfermos. De ello parece deducirse —en paralelo con el caso del aborto— que en estos casos el legislador consideró, junto a la salvaguarda de la libre autodeterminación y la dignidad del sujeto, la libertad del mismo para asumir el gasto en general de un niño (no sólo el gasto derivado de un posible descendiente enfermo), que será el que se emplee a modo de orientación o parámetro.

Esto será así, no obstante, salvo que se afirme que en este caso la conducta del profesional sanitario no incide en general sobre la decisión de concebir o no un hijo, sino únicamente sobre la de si concebir o no un hijo que puede resultar enfermo. Únicamente, pues, si se considera que con el sometimiento al diagnóstico preconceptico o preimplantatorio los progenitores ya han distinguido entre ambos casos, centrando su voluntad sobre el segundo, se deberá limitar a los gastos especiales el parámetro orientativo de valoración de este daño.

6. En segundo lugar, por lo que respecta al daño de rebote —que, como ya se dijo, coincide en su faceta patrimonial con el ámbito respecto del que se predica la teoría de la separación alemana—, debería distinguirse para la valoración entre las diversas partidas del daño que pueden identificarse; esto es, entre el daño moral y el patrimonial. Aunque esto no se corresponda con la práctica judicial, es lo que la mayoría de la doctrina reclama y lo más adecuado, una vez que se distingue teóricamente entre ambas¹⁸⁷.

¹⁸⁶ . Frente a esto, CECCHINI ROSELL (*op. cit.*, pp. 187-188 y 190) afirma la indemnización de todo daño patrimonial, concepto en el que incluye los alimentos en general, así como los derivados del parto, ginecología e ingresos dejados de percibir durante el embarazo (daños en la fase de embarazo). Si bien la primera partida es ya de por sí discutible, no estamos tampoco de acuerdo con el segundo grupo de daños, puesto que no ha de olvidarse que en estos supuestos se parte de un embarazo deseado, por lo que los gastos del parto, ginecología y el lucro cesante durante el embarazo fueron asumidos por los progenitores con la decisión de concebir.

¹⁸⁷ . Según DE ÁNGEL YAGÜEZ («La reparación...», p. 75), «el propio Tribunal Supremo admite que las sentencias valoren globalmente los daños materiales y morales, según las pruebas practicadas y de acuerdo con el prudente arbitrio del juzgador, sin que sea necesario que éste detalle los distintos conceptos por él tenidos en cuenta, ya que todo ello va incluido en la conclusión valorativa. También son palabras del Tribunal Supremo

- En el caso del daño moral por la contemplación del estado enfermo o desvalido del hijo (daño que, como vimos, se presume respecto de los progenitores), a falta de parámetros objetivos que establezcan la cuantía del daño, la valoración quedará al arbitrio de los tribunales —conforme a un juicio de equidad—, con los inconvenientes que se han señalado.

- En el caso del daño patrimonial, identificado a partir de los gastos generados por el niño discapacitado de los que se hacen cargo efectivamente los progenitores, los problemas que se plantean son de otro tipo: principalmente se trata de determinar cuáles de los daños aparejados al nacimiento de un niño pueden ser indemnizados.

No existe un criterio consolidado al respecto, sino que —como se vio al analizar inicialmente el estado de la cuestión— las opiniones se han dividido entre los partidarios de la indemnización de los gastos derivados de la condición enferma del niño (gastos especiales por cuidados médicos, educación, etc.)¹⁸⁸ y los partidarios de la indemnización de todo gasto derivado del nacimiento¹⁸⁹. La primera corriente se apoya en la idea de que, a diferencia de los supuestos de *wrongful conception*, en estos casos la concepción del niño es deseada, por lo que los progenitores han asumido los gastos normales aparejados al nacimiento de un hijo, pero no los gastos especiales derivados de la condición enferma (que son sobre los que no resultan informados)¹⁹⁰. La segunda corriente se apoya en que la decisión

las de que en la indemnización fijada en una cantidad global van comprendidos todos los perjuicios causados, de cualquier índole que sean, valorados por el tribunal según su prudente arbitrio con arreglo a sus facultades legales». Esta práctica es criticada generalmente por la doctrina, que aboga por que sean revisables en casación las bases de cálculo, como cuestión de derecho. Así, entre otros, Díez-Picazo (*Daños...*, pp. 21 y 324); Pantaleón Prieto («La indemnización...», p. 627; «Artículo 1902...», p. 1993 y «Daño...», *EJB*, p. 1898); Reglero Campos («Conceptos...», p. 81) y Vicente Domingo («El daño...», pp. 259-260). El propio Tribunal Constitucional ha señalado la necesidad de que las sentencias indiquen de forma pormenorizada los daños causados y los fundamentos legales a partir de los cuales se constatan (SSTC 78/1986 y 186/2001).

¹⁸⁸ En este sentido se pronuncian diversos autores. Por lo que a nosotros nos interesa, entre la doctrina española, ha de destacarse a de Ángel Yáguez («Diagnósticos II...», pp. 153-154); Díez-Picazo Giménez (*op. cit.*, p. 1703); Emaldi Cirión («La responsabilidad...», p. 1604; *El consejo...*, pp. 237-238) y Martín Casals (*op. cit.*, p. 206). Entre la doctrina extranjera, según Harrer (*op. cit.*, p. 69), ésta es la opinión más frecuente. Sirvan de ejemplo el estadounidense Dobbs (*op. cit.*, pp. 794-796) y el alemán Ostheide (*op. cit.*, pp. 128-130).

¹⁸⁹ Entre ellos se cuenta, especialmente, Pantaleón Prieto, («Procreación...», pp. 263, 269-270), que parte de que se han de indemnizar todos los gastos derivados del nacimiento del niño —cuidado y mantenimiento—, cuando los padres hubiesen optado por no tenerlo de conocer el problema. Fuera de nuestras fronteras, tal es la opinión del BGH, según reflejan Harrer (*op. cit.*, p. 67) u Ostheide (*op. cit.*, pp. 128-130). En Inglaterra, igualmente, predica esta solución Dickens (*op. cit.*, p. 87) para el caso de los falsos diagnósticos prenatales, pues se priva a los progenitores de la decisión de asumir el nacimiento del niño.

¹⁹⁰ A pesar de que Seymour (*op. cit.*, pp. 130 y 274) se inclina por esta argumentación, pone de relieve una interesante objeción a la misma, como es que resulta artificial e insatisfactorio distinguir entre ambos tipos de gastos, en la medida en que ambos provienen de la negligencia del profesional médico. La distinción deriva

debía establecerse entre tener un hijo enfermo o no tener hijo ninguno, por lo que no cabe afirmar que se han asumido los gastos generales derivados de la crianza del niño¹⁹¹.

El segundo tipo de argumentos es, sin embargo, difícil de aceptar en el contexto de las acciones aquí planteadas. Aunque ciertamente el carácter incurable del mal que afecta al *nasciturus*, o que amenaza al *concepturus*, parece situar el problema en términos de no nacer o nacer con todos los gastos consiguientes, tal opción, sin embargo, no es realmente la planteada en el caso concreto, pues el hecho del falso negativo permite establecer la distinción teórica entre lo que se asumió y lo que se podría haber asumido. Efectivamente, los progenitores manifiestan su voluntad de tener un hijo, luego asumen la existencia del descendiente futuro y los gastos que lleva aparejados. Ahora bien, el diagnóstico erróneo condiciona su decisión respecto de la situación enferma del niño, impidiéndoles asumir igualmente la decisión respecto de los gastos especiales (asumen tener un hijo, pero no su condición enferma, pues no son informados sobre ella ni previamente a la concepción ni una vez ya concebido). En tanto que estos gastos especiales no van aparejados al hecho de la concepción, sino al hecho de la discapacidad del niño (respecto de la que los padres no pudieron decidir, pues no llegaron a conocer la información relevante sobre el estado de salud del embrión o del feto), se pueden considerar asumidos sólo los primeros, no los segundos.

Por tanto, es el conjunto de gastos derivados de la condición enferma del niño los que se han de computar como daño patrimonial de rebote. En tal cómputo se deberá integrar no sólo el daño emergente (los ya mencionados gastos de cuidados médicos y profe-

de la relucancia de los tribunales de conceder una indemnización plena cuando las deformidades no fueron causadas por el profesional (pp. 274-275).

Por otra parte, la distinción se critica desde el punto de vista de que establece una diferencia indeseable entre la vida discapacitada y la vida sana (pues sólo indemniza la primera), diferencia criticada por HARRER (*op. cit.*, pp. 68-69) y ROTH (*op. cit.*, p. 2403) como lesiva de la dignidad del niño discapacitado.

¹⁹¹. El BGH sostiene que el dañador debe reparar el conjunto de los gastos de mantenimiento, puesto que los padres que acuden al diagnóstico preconcepcivo o prenatal no sólo querían protegerse contra ese suplemento de gastos que supone la discapacidad del niño, sino que querían evitar completamente el nacimiento del niño enfermo. Cuando éste nace se concreta el peligro que se buscaba evitar con ayuda del médico. No se trata, pues, de que no quisieran evitar los gastos extras, sino de que no querían un niño discapacitado.

Por otra parte, indica el propio OSTHEIDE (*op. cit.*, pp. 128-130) que del hecho de que los padres asuman el mantenimiento de un niño sano es posible deducir que estuvieran dispuestos a asumir la misma carga de un niño enfermo, lo que es especialmente claro cuando por su situación económica sólo se pueden «permitir» un hijo (de manera que los gastos normales del niño enfermo ya les impiden tener otro).

sionales, atención, educación...)¹⁹², sino también el posible lucro cesante en que incurran los progenitores para atender a su hijo enfermo¹⁹³.

3. EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL LIFE*

3.1. La dificultad de establecer un daño por el hecho de la vida y los intentos de separar el daño

3.1.1. El daño por el hecho de vivir y su triple rechazo

1. Los problemas señalados en torno a las acciones de *wrongful birth* sobre la dificultad de calificar de jurídico el daño relacionado con el nacimiento de un hijo discapacitado se agudizan en las acciones de *wrongful life*, donde parece ineludible identificar como daño reclamado el hecho de la vida. Con ello, como ya se ha anunciado anteriormente, parece que en materia de *wrongful life* se incrementan los reparos y objeciones éticas y morales que están presentes en general en estas acciones relacionadas con el nacimiento.

Efectivamente, en estas acciones se plantea una reclamación de responsabilidad por un sujeto que ha nacido con graves defectos. Aunque la indemnización se centra en la vida discapacitada, el hecho de que se trate de defectos o enfermedades que no podían haber sido evitados, permitiendo el nacimiento de un niño sano, enlaza el daño de forma ineludible con la propia existencia del demandante. No se reclama, pues, por no haber nacido sano, sino por haber nacido; para el actor de las acciones de *wrongful life*, en la comparación entre la vida y la no existencia es la segunda la que aparece como mejor opción.

2. Por ello, en el centro mismo del daño reclamado se encuentra la objeción que inicialmente se destacó como obstáculo frente a la caracterización de un daño resarcible: la vida no puede ser considerada un daño. Este argumento se refuerza además desde la triple perspectiva que estudiaremos a continuación: ni puede calificarse de daño lo que es un beneficio, ni pueden ignorarse los valores sociales en esta materia, ni, aunque llegara a esta-

¹⁹² . No obstante, precisa en este caso FERRANDO (*Libertà...*, p. 223) que dentro de estos gastos se han de considerar sólo los de contenido patrimonial y no los deberes que adquiere el progenitor frente al niño derivados de la relación paterno-filial de naturaleza personal.

¹⁹³ . Aquí incluye FRANZKI (*op. cit.*, p. 1184) la pérdida de salario de la madre en el tiempo que dedica al niño.

blecerse un daño, podría valorarse éste. Con ello, el rechazo del daño en estos casos parece definitivo y, consiguientemente, también el rechazo de las acciones de *wrongful life*.

Sin embargo, como iremos viendo, este presupuesto aparentemente absoluto y unánimemente aceptado ha sido criticado y contestado, de manera que, pese a su pretensión de constituirse como criterio indiscutible, es relativizado por cierta doctrina.

Veamos primero estos argumentos y sus objeciones para, posteriormente, plantear líneas de apertura respecto de esta opinión, en principio, indubitada.

3.1.1.1. La vida como beneficio

1. El primer argumento para rechazar las acciones de *wrongful life* se apoya en que la vida no puede ser considerada como un daño jurídicamente indemnizable, sino que es siempre un beneficio que sobrepasa el dudoso «bienestar» de la muerte o, en el caso concreto de la reclamación por *wrongful life*, de la inexistencia.

Para apoyar este principio, enunciado generalmente de forma apodíctica, se barajan distintos argumentos de corte ético o religioso que traen a colación desde la Biblia hasta los clásicos griegos (pasando por los dictados de la Providencia o del Destino)¹⁹⁴ y que parten de principios supuestamente inatacables, como la santidad de la vida¹⁹⁵, su preferencia en todo caso sobre la inexistencia¹⁹⁶, la promoción de la vida y la procreación como valor so-

¹⁹⁴ . COHEN (*op. cit.*, p. 223) atribuye estas citas al caso *Gleitman v. Cosgrove* (cita de Teócrito, *Idilios*, 4 v. 42) y a TEDESCHI, aunque éste parece citar más bien en el sentido contrario a Hesíodo, Teognis y Baquílides (*op. cit.*, p. 515). De hecho, es curioso cómo tanto la Biblia, como los autores griegos, son citados también en ocasiones como apoyo de la idea de que la vida no es siempre una bendición o de que la inexistencia puede ser mejor (ver por ejemplo KELLY, que trae a colación un texto del Eclesiastés: 4; 2-3; *op. cit.*, p. 543 nota 173). Esto demuestra cómo hasta los principios más indudables pueden ser dudados.

Compárense por ejemplo, las palabras de San Agustín, que destacó cómo la vida infeliz era siempre mejor que la inexistencia (*Sancti Aurelii Augustini Opera*, Sect. VI, Pars III, *De libero arbitrio libri tres*, rec. lib. III, cap. 7, pp. 106-107), con las de Sófocles (a las que hace también referencia WEIR, «Wrongful life...», p. 228), como uno de los mayores ejemplos del pesimismo griego, cuando declaraba que no haber nacido superaba toda suerte (*Edipo en Colono*, vv. 1225-1230).

¹⁹⁵ . Ejemplos de estos argumentos se encuentran en el alemán ZIMMERMANN (*op. cit.*, p. 131), pero son más frecuentes entre la jurisprudencia anglosajona, estadounidense (casos *Berman v. Allan* y *Gleitman v. Cosgrove*) y británica (casos *McKay v. Essex AHA* y *McFarlane and another v. Tayside Health Board*).

¹⁹⁶ . Así parece argumentarlo GILLON (*op. cit.*, p. 364) cuando señala que generalmente la vida es mejor que la inexistencia y que la mayoría de la gente (incluso discapacitada) está feliz por el hecho de vivir. Ahora bien, este autor admite que en ciertas ocasiones pueda no ser así. Entre las cortes estadounidenses es también frecuente la idea («life—whether experienced with or without a major physical handicap—is more precious than non-life»: casos *Berman v. Allan*; *Gleitman v. Cosgrove* y *Philips v. United States*).

cial¹⁹⁷, o su carácter de bendición o acontecimiento feliz¹⁹⁸; principios que, de forma implícita o explícita, son los que se encuentran tras la mayoría de los argumentos de rechazo de estas acciones, como argumentos de tipo moral o ético ya anteriormente rechazados¹⁹⁹. De todas formas, hay que destacar que este tipo de argumentos se encuentran fundamentalmente entre la doctrina y jurisprudencia extranjera, más que en nuestro país, donde, aunque ciertamente late la idea tras el enfoque de este tema por parte de más de un autor, no se llega a poner por escrito²⁰⁰.

Junto a ellos, sin embargo, se aporta también un argumento de tinte más jurídico, como es el necesario reconocimiento del bien supremo de la vida en el Ordenamiento, que impide su calificación como daño, argumento que sí se tiene en cuenta en nuestro país, así como en la mayoría de los sistemas jurídicos de nuestro entorno²⁰¹.

¹⁹⁷. SYMMONS (*op. cit.*, p. 279). Sin embargo, recoge el autor cómo la existencia de métodos anticonceptivos, y su uso cotidiano por los individuos que conforman tal sociedad para evitar nacimientos no deseados, contradice tal valor superior; idea también expuesta por DICKENS (*op. cit.*, p. 83), que afirma que prevalece la idea de la procreación responsable. Del mismo modo, entre la jurisprudencia estadounidense, así fue afirmado en el caso *Troppi v. Scarfy* y por el Juez Pain en el caso *Thake v. Maurice*.

¹⁹⁸. JOURDAIN menciona este argumento como una de las posibles interpretaciones que se pueden dar a la negación de la jurisprudencia francesa a indemnizar por el nacimiento de un niño sano («La naissance...», p. 756). Por su parte, en el caso *Udale v. Bloomsbury Area Health Authority*, se calificó la vida como «a blessing and an occasion for rejoicing».

¹⁹⁹. Así, por ejemplo, como pone de relieve DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Diagnósticos II...», p. 152), la idea de la santidad de la vida es la que se encuentra detrás de gran parte del rechazo de las acciones de *wrongful life* cuando se alude a argumentos de orden público. Y es que hay que estar de acuerdo con TEFF (*op. cit.*, pp. 436-437), cuando destaca la relación de estos argumentos con cuestiones éticas: «The objections based on public policy have been overwhelmingly concerned with affirming the supreme value of life as an absolute criterion. This sentiment finds expression in a variety of forms, from a generalised assertion of the preciousness and sanctity of life, to the presumed corollary of not condoning its devaluation by legitimising abortion, and the anxiety that a judicial declaration to the effect that a plaintiff would have been better off not to have been born both degrades him and encourages societal intolerance of the handicapped». Concluye el autor que se trata de argumentos de tipo simbólico, más que jurídico, por lo que no se muestra de acuerdo con ellos (pp. 437-438).

²⁰⁰. Así, afirma DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Diagnósticos II...», pp. 152-153 y «La tercera...», p. 189): «no creo que argumentos como el de la santidad de la vida [...] sean bastantes para negar la existencia de algún daño (no la vida, ni siquiera la vida enferma) y para, por ese motivo, rechazar toda solicitud de indemnización en dinero».

²⁰¹. Desde un punto de vista jurídico no cabe duda de que la vida ocupa un lugar preeminente. Por un lado, se reconoce como derecho fundamental de la persona (artículo 15 CE), cuya protección se articula fundamentalmente a través del ámbito penal (artículos 138 a 146 Cp). Por otro lado, el Tribunal Constitucional lo ha reconocido como valor superior. Tal fue, de hecho, uno de los presupuestos sobre los que partía la STC 53/1985, de 11 de abril, al declarar que se trata de «un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» (FJ 3), «un valor fundamental» (FJ 5), o «un valor central» (FJ 9). Sin embargo, este presupuesto axiológico absoluto fue criticado desde su misma base: en concreto, el voto particular del Magistrado F. Tomás y Valiente, puntualizó que los valores que la Constitución señalaba como superiores eran los recogidos en el artículo 1.1 (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político) y no la vida, destacando en concreto la importancia que tiene la libertad de la mujer en materia de aborto.

En el derecho comparado, éste es el pronunciamiento del que parte en Alemania el BGH, compartido por OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 183: «das menschliche Leben [...] stelle das höchste Rechtsgut dar und sei "absolut erhaltenswürdig", so daß ein Urteil über seinen "Wert" keinem Dritten zustehen dürfte») y elevado a su má-

2. No obstante, como ya se comenzó afirmando, incluso los valores más absolutos resultan opinables y, por ello, tales argumentos no han permanecido incontestados, sino que han sido objeto de numerosas críticas:

- En primer lugar, se dice que se trata de un razonamiento simbólico o idealista, más que jurídico²⁰². Por ello, hay que tener en cuenta que el efecto argumentativo del mismo depende de que el valor que le sirve de presupuesto sea compartido²⁰³. De hecho, cuando se parte de otro tipo de presupuestos, la conclusión que se alcanza puede ser la contraria. Prueba de ello son las opiniones de autores como PICKER o MERKEL, que afirman que lo que se protege en estos casos no es el bien vida, sino más bien la ideología propia del juzgador, lo que lesiona precisamente el bien que se pretende proteger²⁰⁴.

xima expresión por PICKER («Wrongful birth...», pp. 546-547), que niega que este valor proceda de concepciones religiosas, pues deriva de principios sociales. En Italia, igualmente, esta opinión la manifiesta PALMERINI («Note...», p. 213), que considera un daño por *wrongful life* inconciliable con el valor constitucional de la dignidad de la persona.

²⁰². Tal crítica es recogida entre nuestros autores por DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Diagnósticos II...», pp. 152-153), cuando declara: «No es que las razones esgrimidas en contra de la indemnización sean producto de hipocresía [...]; pero pueden incurrir en una cierta dosis de "idealismo", poco atento a la innegable circunstancia de que todos los bienes de la persona humana —si son dañados— tienen una medida económica».

Igual de expresivo es, entre la doctrina anglosajona, TEFF (*op. cit.*, pp. 427-428), que parte de un presupuesto al que ya se hizo referencia anteriormente: el rechazo de las acciones de *wrongful life* se encuentra más en una cuestión ideológica que en una jurídica: «In previous generations, the very notion that birth, even of a seriously deformed child, could provide a basis for claiming damages would have been almost universally regarded as intrinsically immoral or profane. It would have been condemned as an affront to the sanctity of life, calculated to undermine the family as a social institution. Such revulsion has by no means disappeared [...] When the issues are depicted primarily in metaphysical or theological terms, there is a tendency for courts to retreat [...] Yet a straightforward description of the culpable conduct prompting such suits suggest that both the parents and children concerned have ample justification for seeking legal redress». Por su parte, destaca FURROW (*op. cit.*, p. 103) que por debajo de estas argumentaciones se encuentra siempre la idea de que la vida es siempre preferible, argumento que actúa como de orden público y como una presunción irrefutable.

Como tercera muestra de esta crítica, entre los autores italianos, PALMERINI («Note...», p. 212) señala que se trata de un argumento poco riguroso desde el punto de vista jurídico y que se encuentra más bien ligado a la convicción ética de que la vida es un valor absoluto y un don inestimable.

²⁰³. Esta idea se encuentra presente cuando GRUBB afirma que si bien para algunos la vida es un don divino y, como tal, sagrado, esta creencia no es compartida por todo el mundo, como ocurre en concreto con los padres que han de ocuparse de un niño discapacitado (*op. cit.*, pp. 242 y 279). Sin llegar a tanto, SEYMOUR (*op. cit.*, p. 77) advierte de que los cambios sociales y una actitud más escéptica han llevado a cuestionar el énfasis en el valor de la vida, aunque eso no significa que haya desaparecido el debate (p. 79); y MERKEL (*op. cit.*, p. 177) duda de que el argumento de la santidad de la vida sea suficiente para derivar de él lo que se pretende.

²⁰⁴. En concreto, PICKER (*Wrongful life...*, pp. 94-95) manifiesta la idea de que la afirmación de la santidad de la vida más que en interés del niño se hace en interés propio de cada uno. No hay, pues, una protección de la vida del niño, sino de las demás vidas.

Por parte de MERKEL, se sostiene que es el hecho de que la muerte sea desvalorada en nuestro ordenamiento lo que lleva a negar el desvalor de ciertas vidas, pero que con ello lo único que se logra es imponer el ejercicio de un derecho a su titular. Tal imposición demuestra un utilitarismo del bien vida que sí lo lesiona (*op. cit.*, pp. 190-192). En estos casos no es al niño al que se protege, según este autor, sino exclusivamente nuestro propio interés social a la estabilidad de la prohibición de poner fin a la vida. De hecho, afirma que el que hace esto en nombre de la santidad de toda vida humana no tiene en cuenta que en realidad con ello se

Ahora bien, tal crítica falla cuando el fundamento del rechazo se establece en el valor jurídico otorgado a la vida, pues en tal caso el argumento parece alejarse de una cuestión de opinión. En estos casos la crítica cambia y se dirige a cuestionar la mutabilidad de los valores jurídicamente reconocidos, pues, en tanto responden a valores sociales, se encuentran sometidos a posibles cambios²⁰⁵. De todas formas, esta crítica ha de contemplarse con mesura, pues también es cierto que tal cambio de momento no parece haberse producido hasta el punto de negar la primacía del valor de la vida como bien supremo.

- En segundo lugar, se considera un argumento demasiado absoluto. Según CAPRON, aunque sea improbable que la inexistencia sea mejor, habrá de verse en el caso concreto. Como ejemplo, relata los síntomas de ciertas enfermedades cuya extrema gravedad hace plantearse si realmente no siempre la existencia es preferible²⁰⁶. Esto, no obstante, lleva a plantearse si en las acciones de *wrongful life* el criterio de gravedad —que ya vimos que requerían las acciones de *wrongful birth*, como referido al parámetro del aborto embriopático— es más estricto y requiere una vida que no merezca la pena ser vivida²⁰⁷.

En cualquier caso, tal crítica encuentra a su vez, su propia contestación, sobre la idea de que la protección jurídica del bien vida en el Ordenamiento no está sometido a gra-

propaga erróneamente la imposición de un derecho subjetivo contra su propio titular y que únicamente se crea una variante de utilitarismo.

En el mismo sentido, BERENSON (*op. cit.*, p. 909 nota 72) destaca cómo es demasiado presumir que un discapacitado elegiría su existencia enferma antes que la inexistencia. Con ello pone de relieve que pueden manejarse valores diferentes que producen resultados distintos.

²⁰⁵. Así, se puede leer tanto en MERKEL (*op. cit.*, p. 181), como en TEFF (*op. cit.*, p. 431). De hecho, DICKENS (*op. cit.*, p. 93) afirma que los argumentos sobre la bendición o la sanidad de la vida actualmente se relativizan y los tribunales son más reacios a afirmarlos de forma general.

²⁰⁶. *Op. cit.*, pp. 650-651 y nota 151. Este procedimiento de exposición de cuadros clínicos como vía para demostrar situaciones en que la valoración general puede ser puesta en duda es relativamente frecuente (así, por ejemplo, DEWITT ROGERS, *op. cit.*, pp. 737-738). Al margen de ello, la idea es recogida también por TEFF: «one may plausibly challenge the “felt intuition” that life is *invariably* preferable to non-existence by reference to instances of the continuous, intense suffering which characterises certain incurable diseases, and the extent of tacit social approval of medical judgment to withhold life-sustaining treatment from severely defective newborn infants and the terminally ill» (*op. cit.*, p. 434) o, entre la doctrina francesa, JOURDAIN («Le préjudice...», p. 624).

²⁰⁷. Si bien ya se verá posteriormente, la idea de distinguir entre las diversas enfermedades y de restringir las acciones de *wrongful life* a las más graves y crueles se encuentra presente en autores como JACKSON («Action...», p. 572); MERKEL (*op. cit.*, pp. 187-188); SHAPIRA (*op. cit.*, p. 373) o STEINBOCK (*op. cit.*, p. 17).

Por otra parte, hay que advertir a este respecto que la normativa del aborto no puede ser traída a colación como argumento que demuestre la valoración de la vida discapacitada como de menor valor o como daño. Si bien el artículo 417 bis.1.3º Cp permite la interrupción del embarazo en estos casos, con ello no se aportan valoraciones sobre la vida enferma, sino que únicamente se resuelve un conflicto entre la vida en desarrollo y los intereses de la madre. Como indica MARTÍN CASALS (*op. cit.*, p. 204), lo que se tiene en cuenta es la incompatibilidad del embarazo y crianza de un niño que se sabe que nacerá con severas discapacidades con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la madre.

dación. Por ello, aunque la existencia se presente de forma más o menos soportable, la vida de cada sujeto sigue siendo considerada como bien supremo, sea cual sea su estado. Esto supone que la calificación de la vida discapacitada como daño es igual que la calificación como daño de la vida sana²⁰⁸.

- En tercer lugar, se niega que la reclamación de un daño por parte del niño discapacitado atente contra la vida. Tal negación se apoya en dos argumentos diferentes y complementarios entre sí. En concreto, se argumenta por un lado que con las demandas de *wrongful life* no se pone en cuestión la vida en sí misma²⁰⁹; pero esto se complementa con la idea de que aunque realmente se pusiera en cuestión la vida, lo que se estaría realizando es una valoración positiva de la vida para el discapacitado²¹⁰. En cualquiera de los casos, no hay una contradicción con este bien supremo que impida calificar como daño resarcible el reclamado a través de las acciones de *wrongful life*.

3. La conclusión que se extrae en este punto es que, pese a los intentos de negar la existencia de un daño resarcible en la acción de responsabilidad por *wrongful life*, no se trata de un argumento concluyente o universal.

3.1.1.2. La imposibilidad de calificar a la vida como daño

²⁰⁸ . Entre la doctrina extranjera, OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 185) parece sostener esta idea cuando afirma que la vida humana se encuentra inserta en el ordenamiento jurídico como base de la esencia humana y presupuesto de todos los derechos fundamentales. Cada individuo, dice el autor, es titular de estos derechos, de manera que cada vida, como tal, tiene el mismo valor que el resto, sin que se puedan establecer distinciones valorativas entre ellas. Desde el punto de vista de la valoración constitucional no se puede calificar, pues, la vida discapacitada como carente de valor o de menor valor que otras vidas. Ahora bien, a lo que se opone este autor es a una valoración general de la vida de forma objetiva que gradúe las distintas vidas en mejores y peores, pero no se opone a que tal valoración la realice cada sujeto respecto de la propia vida.

²⁰⁹ . Ejemplo de ello son las palabras de TEFF (*op. cit.*, p. 438): «the plaintiff does not impugn "life" when complaining about having to live under conditions of severe handicap brought about by another's negligence». En general, esto lleva a afirmar, como veremos posteriormente, que lo que reclama el niño es por el hecho de la vida enferma.

²¹⁰ . Así lo sostiene, de nuevo, TEFF (*op. cit.*, pp. 440-441): «Permitting a remedy does not imply a cynical disregard for the preciousness of human existence. It is precisely the recognition of the value of life and the laudable reluctance to stigmatise it when impaired that should enable "wrongful life" litigation to be kept within socially acceptable limits». Pero este argumento fue igualmente empleado en el caso *Curlender v. Bio-Science Laboratories*, que señaló que el propio respeto a la vida requiere un reconocimiento de que el demandante, a pesar de discapacitado, es ya una persona con derechos.

Próximo a estos argumentos, GAUTIER (*op. cit.*, p. 67) señala que la concesión de indemnización únicamente a los padres supone negar el propio sufrimiento y la propia dignidad del niño que sufre un perjuicio personal. Con mayor claridad KAYSER destaca la paradoja de considerar que la moral es una causa para negar que sea un daño el que se ha de reconocer en el niño, pues precisamente la indemnización le puede proporcionar una vida menos difícil de asumir (*op. cit.*, p. 1892). Igualmente, JOURDAIN («Réflexions...», p. 338).

1. El segundo argumento de rechazo de la identificación de un daño en las acciones de *wrongful life* considera que es contrario a la moral o al orden público calificar a la vida de daño. Como ya se apuntó al principio del capítulo, ante la inexistencia de una definición legal de daño resarcible, los límites de éste vienen marcados fundamentalmente por los valores sociales. De esta forma, la contradicción de una lesión o menoscabo con tales valores puede llevar, como aquí se pretende, a negar su carácter de daño resarcible²¹¹.

2. Si bien ya en su momento se pusieron de relieve los problemas que creaban estos valores como parámetros de delimitación del daño, tales problemas se reducen cuando el valor que se trata de definir es el de la vida, plenamente asentado en el Ordenamiento y mayoritariamente aceptado. Tanto desde un punto de vista de salvaguarda de la convivencia social, como señalaba PICKER²¹², como desde un punto de vista puramente humano —incluso animal, si se quiere²¹³—, la vida es uno de los bienes más importantes (o, por qué no, el más importante) y, por ello, su caracterización como daño se hace difícil, pues contradice valores fuertemente arraigados. Ante este hecho, la relatividad e incertidumbre aparejada a este tipo de argumento de empleo de los valores o de la moral social parece desaparecer, sobrepasada en gran medida por el consenso universal sobre dicho valor.

3. No obstante, ya se han visto muestras (y se verán más posteriormente) de cómo incluso respecto de este valor generalmente aceptado existen opiniones disidentes, generalmente para casos particulares, y cómo son igualmente aceptadas ciertas excepciones al valor supremo de la vida.

A través de ello no se niega el valor primordial o supremo de la vida —pues indudablemente sigue ocupando la primera posición—, sino que se critica su carácter absoluto o

²¹¹ . Entre la jurisprudencia estadounidense, el caso *Philips v. United States* puso de relieve cómo: «the most potent arguments [...] against “wrongful life” claims are predicated on public policy considerations». Entre la doctrina alemana sostiene esta opinión PICKER («Wrongful birth...», pp. 535-538 y 543-546), autor que critica la jurisprudencia del BGH de aceptación de las demandas de *wrongful birth* (aunque sus palabras son trasladables directamente a las de *wrongful life*, puesto que el problema es el mismo en relación a la moral y al orden público), al considerar que pone en peligro las máximas valorativas fundamentales del ordenamiento jurídico. Como señala expresamente, los valores sociales impiden la caracterización como daño del niño o de los gastos aparejados (p. 538).

²¹² . «Wrongful birth...», pp. 543-546.

²¹³ . La naturaleza animal del ser humano le guía, como al resto de los seres vivos, a la preservación de la especie. El instinto de supervivencia se encuentra enraizado en los hombres, al igual que en los animales, de ahí que la vida ocupe el primer lugar en la escala de valores. Sólo con vida se puede acceder al resto de bienes que puedan ocupar un alto puesto en dicha escala. Ahora bien, la imagen de la naturaleza como justificación del valor de la vida tampoco debe hacer olvidar que en el reino animal rige la ley del más fuerte y que los

absolutivizante, idea sobre la que se insistirá posteriormente. Aquí baste decir que, aunque el bien vida sea universal, no ha de olvidarse que sigue siendo una valoración y que, como tal, el argumento que se apoya sobre él se presta a ser discutido por quienes no lo compar-ten²¹⁴. No es, pues, un argumento concluyente.

3.1.1.3. La dificultad o imposibilidad de identificar un daño por el hecho de vivir

1. Finalmente, se rechaza el daño reclamado en las demandas de *wrongful life* –y, en ocasiones, también el de las demandas de *wrongful birth*²¹⁵– sobre la consideración de que el niño protagonista de estas acciones no puede afirmar que ha experimentado perjuicio alguno: el daño que reclama no responde a las pautas normales de los daños resarcibles²¹⁶.

De acuerdo con la teoría de la diferencia (como método ideado para identificar la existencia de daños), la noción de daño se extrae de una comparación entre el estado hipotético en que se encontraría la víctima de no haberse producido el evento generador del

débiles difícilmente sobreviven, de manera que el argumento se puede volver en el sentido contrario, perdiendo parte de su fuerza.

²¹⁴ . Un ejemplo muy claro se encuentra en las palabras de TEFF (*op. cit.*, pp. 438-439), cuando destaca: «the most telling evidence, however, that denial of a remedy has been influenced by emotive misclassification comes from the contrasting treatment, often to be found in the same case, of conceptually similar issues of public policy regarding “wrongful birth”. In *Gleitman vs. Cosgrove*, the court was at least consistent in rejecting the parents’ claim because it would have required it to assess the “intangible, unmeasurable, and complex human benefits of motherhood and fatherhood and weigh these against the alleged emotional and money injuries”. In *Phillips vs. United States*, this approach was condemned as a “thinly-disguised policy argument”, based in reality on the assumption that the “blessed event” of a child’s birth constituted an “over-riding benefit”».

²¹⁵ . En las acciones de *wrongful birth*, no obstante, no se habla generalmente de que sea imposible valorar el daño, sino de que es difícil (SYMMONS, *op. cit.*, p. 290). De todas formas, aunque algunos autores estudian tal argumento para estas acciones (entre otros, TEFF, *op. cit.*, p. 431), es mayoritaria su aplicación a las pretensiones de *wrongful life*, puesto que es en ellas donde la existencia como daño pasa a un primer lugar y donde, consiguientemente, se hace necesario comparar la existencia con la inexistencia para afirmar el daño.

De hecho, es indudable que aunque el obstáculo pueda encontrarse en las acciones de *wrongful birth*, es menor, pues se puede eludir a través de la teoría de la separación, como se ha visto. En este sentido, concretamente, señaló el Juez Patterson, en el caso estadounidense *Curlender v. Bio-Science Laboratories*, que este argumento se aceptaba sólo en ocasiones en las acciones de *wrongful birth*, a veces para el daño patrimonial y el daño moral, y a veces sólo para uno de ellos. Por ello se ha preferido estudiarlo en esta sede.

²¹⁶ . Un paso más allá, BOPP, BOSTROM y MCKINNEY (*op. cit.*, pp. 503-505) señalan que la idea de la responsabilidad tiende a reponer al demandante a la posición que tendría de no haber mediado el daño, lo cual llevaría, en teoría, a poner fin a la vida del niño («the most effective and inexpensive remedy would be ?? kill the child» [*sic*]). Dado que esto no parece ser lo que buscan los demandantes, sus demandas se diferencian de las demandas tradicionales de daños. Los autores dudan, incluso, de que en estos casos exista un daño (pp. 508-509: «the first question, before measurement becomes an issue, is whether the plaintiff has been harmed»).

Frente a ello, niega JACKSON («Action...», p. 569; «Wrongful...», p. 356) que lo pretendido en el ejercicio de una reclamación de responsabilidad por *wrongful life* sea la muerte del niño. Ni es ésta tarea del derecho de daños, ni es lo que pretende la reclamación ejercitada en nombre del niño. Más bien lo que se busca es in-

perjuicio, con el estado actual, constituyendo daño la diferencia²¹⁷. Ahora bien, si tal teoría se aplica al caso aquí planteado, se observa que la afirmación del daño del niño requeriría realizar una comparación entre la vida defectuosa (situación actual) y el vacío de la existencia (situación hipotética); comparación que resulta difícil, o incluso imposible²¹⁸, ya que uno de los términos de la comparación (la inexistencia) ni es cuantificable ni es conocido o cognoscible (por lo que no puede emplearse como parámetro de valoración)²¹⁹.

Falla, pues, la teoría de la diferencia como vía de afirmación de estos daños. Tal fracaso, junto a la creencia de que fuera de este parámetro todo daño se convierte en especulativo²²⁰, lleva a concluir que no hay daño sobre el cual aplicar la responsabilidad civil.

2. En realidad, en este argumento se suelen mezclar dos ideas diferentes: la dificultad de afirmar un daño, ante el fallo de la teoría de la diferencia, y la dificultad de valorar

demnizar el daño sufrido. Igualmente, SHAPIRA (*op. cit.*, p. 374) califica de injusto e incongruente este argumento, pues no se puede reponer al actor al estado anterior a la vida o al daño.

²¹⁷. Esta teoría, elaborada inicialmente por Mommsen, ha sido una de las vías empleadas para definir el daño resarcible atendiendo a parámetros objetivos. De hecho, su utilización se encuentra ampliamente extendida (a modo de ejemplo, SANTOS BRIZ, *La responsabilidad...*, p. 147). Pese a ello, no se trata del único criterio para definir el daño, pues autores como PANTALEÓN PRIETO («Artículo 1902...», pp. 1989-1991; *Tesis...*, pp. 826-827) prefieren adoptar para dicha definición un criterio «subjetivo» (ligado a las concretas circunstancias del dañado) y «real-concreto» (lesión de un interés).

²¹⁸. La dificultad es señalada desde un principio por la jurisprudencia estadounidense (casos *Becker v. Schwartz*; *Gleitman v. Cosgrove*; *Park v. Chessin* y *Speck v. Finegold*), a partir de donde se extiende a otros países. Entre la doctrina, sirvan de ejemplo las palabras de TEFF (*op. cit.*, p. 433): «According to traditional tort principles, it is a function of damages to restore an injured person, as far as money can, to the position he would have been if had the wrong not been committed. Hence, it is argued, some prior form of personal identity is an essential prerequisite of the comparison, and without it the plaintiff lacks any standing to sue».

De hecho, como afirma BREGANTE (*op. cit.*, p. 202), la dificultad de definir el daño y traducirlo a términos económicos es el principal motivo de rechazo de las acciones de *wrongful life*; afirmación que, si bien olvida el otro gran obstáculo (la caracterización de la vida misma como daño), tiene razón en relación al número de autores que recoge este tipo de argumentos. En concreto, este motivo de rechazo se repite en el derecho comparado, como demuestran los informes elaborados por los miembros del *European Group on Tort Law* de Bélgica, Inglaterra o Alemania (MAGNUS, *et al.*, *op. cit.*, pp. 41, 69, 102).

²¹⁹. Así lo ponen de relieve, entre otros, PACE (*op. cit.*, pp. 150-151); MAZEAUD (*op. cit.*, p. 334: «la mort n'est pas un bien perdu, même si on n'a pas la vie qu'on aurait voulu»); TEDESCHI (*op. cit.*, p. 530); VINEY («Brèves...», p. 66: «la vie est une valeur qui ne doit être mise en balance avec aucune autre») o WINTER (*op. cit.*, p. 333, que afirma el rechazo de estas acciones porque jurídicamente no pueden ser aceptadas, al no poderse establecer una diferencia a partir de la cual afirmar un daño).

Entre la jurisprudencia, esta corriente se inicia con el caso *Gleitman v. Cosgrove*, pero es repetida en diversos casos. Especialmente ilustrativas son las palabras del caso *Turpin v. Sortini*, que resumen la posición jurisprudencial estadounidense, cuando afirman que son fuertes los argumentos relativos a la imposibilidad de determinar de ninguna forma razonada o racional que el demandante haya sufrido un daño por nacer discapacitado, frente a no nacer; y la imposibilidad de cuantificar el daño de forma que no sea especulativa. Añade el Tribunal que la comparación entre el estado actual (vida con defectos) y el que tendría sin la negligencia (no existencia) no encuentra término de comparación dentro de la experiencia de los jueces y por ello no es posible fijar una suma que no sea especulativa.

²²⁰. Ver al respecto los casos *Becker v. Schwartz*; *Dumer v. St. Michael's Hospital* o *Procanik v. Cillo*, así como GALLAGHER (*op. cit.*, p. 1328).

un daño cuando no existe un parámetro de comparación que permita afirmarlo (dificultad de valoración que lleva a negar el daño, como perjuicio meramente especulativo).

Ambas perspectivas de este razonamiento, no siempre convenientemente diferenciadas —y no siempre fácilmente diferenciables—, sin embargo, ha sido criticadas:

3. En primer lugar, el presupuesto de que el fallo de la aplicación de la teoría de la diferencia implica necesariamente la negación de que exista en estos casos un daño resarcible es contestado desde la propia discusión de tal teoría. En concreto, se afirma que no es un método de identificación del daño apropiado para todo tipo de daños²²¹. De hecho, es especialmente inapropiado para los daños no patrimoniales, donde resulta difícil establecer un cómputo matemático entre la situación anterior y posterior al daño. En estos casos, la operación de comparación, más que contable, depende de criterios valorativos que han de determinar si la situación tras el evento dañoso es mejor o peor que la situación anterior.

Por ello, no se puede pretender que en este ámbito sea decisiva o que aporte seguridad alguna la teoría de la diferencia para la definición del daño, motivo por el cual debe ser rechazada como imperfecta cuando se enfrenta a las acciones aquí planteadas²²². En este

²²¹ . El establecimiento de una comparación a fin de encontrar un resultado que determine si existe o no un perjuicio tiene un tinte patrimonial (y de hecho en Alemania es para tales daños para los que se emplea, y en los que se estudia; ver, por ejemplo, BROX y WALKER, *Allgemeines...*, pp. 304-305 o MEDICUS, *Allgemeiner...*, pp. 273-274). Según Díez-PICAZO (*Daños...*, p. 309), «el daño se concreta en la diferencia entre la situación, valorada económicamente, del patrimonio del dañado que éste tendría si el hecho dañoso no se hubiera producido y aquella que tiene efectivamente tras el hecho dañoso». Por lo tanto, su aplicación en el ámbito de un daño moral es, cuanto menos, problemática (y, de hecho, es rechazada por autores como MARTÍN CASALS y SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, p. 761).

Pero la teoría de la diferencia va más allá. Como señala PANTALEÓN PRIETO («Daño...», *EJB*», p. 1897), esta teoría no sólo «compara situaciones patrimoniales globales en las que se desdibujan los singulares factores del daño», sino que baraja un concepto de daño que «implica la aceptación de la relevancia exoneradora de las causas hipotéticas del daño que, de haber sido las causas efectivas, no hubieran podido generar la responsabilidad de un tercero, así como la más amplia admisión de la figura de la *compensatio lucri cum damno*», ninguna de las cuales es de aplicación en nuestro Ordenamiento. De hecho, el propio autor lleva a cabo una importante crítica de esta teoría (ver al respecto, *Tesis...*, pp. 17-21, donde presenta la teoría y enuncia sus críticas y 23-160, donde las desarrolla).

²²² . En concreto, entre nuestros autores, VICENTE DOMINGO («El daño...», pp. 208-209) rechaza la aplicación de tal teoría como método de identificación de este tipo de daños.

Pero el rechazo más rotundo por falta de adecuación de esta teoría a las acciones de *wrongful life* se encuentra en la doctrina extranjera, donde destacan tres autores: FURROW (que afirma que la comparación entre el estado anterior y posterior no es requerida lógica o intrínsecamente y sólo refleja una forma de medir el daño que no se adecua al daño moral, pues éste no es compensatorio, *op. cit.*, p. 102); TEFF (que considera que la teoría es imperfecta en casos en que la suma de dinero concedida como indemnización de forma esencialmente arbitraria se juzga como simbólica del daño infligido por el demandado al demandante, como es el supuesto de *wrongful life*, *op. cit.*, pp. 434-435) y TEDESCHI (que considera que el fallo de la teoría reside precisamente en pretender su aplicación para establecer una comparación entre la vida y la no existencia. Esta teoría busca crear una equivalencia entre la situación que habría existido sin el daño y la situación actual, equivalencia que existe objetivamente. Pero en el caso de las acciones de *wrongful life* no hay equivalente:

sentido, son varios los autores que afirman aquí un daño desde el propio perjuicio reclamado por el niño, sin establecer comparación alguna²²³.

4. En segundo lugar, como crítica a la idea de que la dificultad de valoración del daño implica su negación, se argumenta que este obstáculo «técnico» es en realidad una objeción engañosa que busca proporcionar una apariencia de objetividad al rechazo de la reparación y enmascara un argumento ideológico²²⁴.

Esto es así porque el hecho de que el daño resulte difícil de cuantificar no es en general un obstáculo a la estimación de la responsabilidad, ya que el daño resarcible no se define por su resarcibilidad, ni es obstáculo al mismo su difícil valoración²²⁵. De hecho, de aceptarse tal argumento se debería predicar también el rechazo de toda demanda donde los tribunales se enfrentaran a la dificultad de establecer una cuantía para el daño, lo que afectaría especialmente al daño moral, cuya dificultad de valoración es patente. No obstante,

«neither subjective nor objective; not subjective because an attitude of indifference to life is not equal to non-existence where there is no feeling at all, neither of indifference nor of any other kind, not objective (whether economic or otherwise) as it is clear that the two situations are not alike», *op. cit.*, pp. 537-358).

²²³. STEINBOCK (*op. cit.*, pp. 15, 18-19), por ejemplo, afirma que el daño surge del hecho mismo de nacer con discapacidades, pues con ello los intereses básicos del niño quedan condenados desde el principio, impidiéndole tener una existencia mínimamente decente, como todo ciudadano.

Por otra parte, el alemán MERKEL (*op. cit.*, pp. 185-186) afirma que se puede establecer el daño de acuerdo con un parámetro moral objetivo (*objektiver moralischer Maßstab*), que establece la existencia de situaciones de vida tan extremas que objetivamente no merecen ser vividas y que no requieren comparación con la inexistencia. Ahora bien, a la hora de definir este parámetro se muestra bastante restrictivo, pues únicamente admite situaciones en las que el niño no experimente placer alguno («ein eindeutiges, zweifelsfreies und irreversibles Überwiegen des Interesses zu sterben –und eben nicht nur das gänzliche Fehlen eines Interesses zu leben»). No admite que entren en el concepto de vida insostenible los casos en que el niño disfruta de una vida normal hasta que se manifiesta la enfermedad (p. 188).

²²⁴. Se esconde en realidad un argumento que surge de la noción (valorativa) de la primacía moral y de la santidad de la vida (presunción de que es superior en todo caso a la falta de existencia). Como afirma TEFF (*op. cit.*, pp. 432-436), «Recent United States decisions have generally either discarded or played down the argument that damages for “wrongful life” are incapable of assessment, conceding that it is ultimately subsumed in policy based considerations and moral principles». Paradójicamente, señala el autor cómo esta afirmación implica una valoración de la falta de existencia, ya que se le otorga un valor *menor* que la vida en cualquiera de sus formas. Por otra parte, destaca PACE que, en todo caso, se trataría de un obstáculo a la indemnización, no al daño (*op. cit.*, p. 151).

²²⁵. Ya hace tiempo que afirmaba de forma general GARCÍA SERRANO (*op. cit.*, p. 832): «[es] erróneo considerar que el daño jurídico civil sea tan sólo el daño resarcible. El resarcimiento debe ser considerado como un *posterius* con respecto a la calificación jurídica del daño. Operará única y exclusivamente a los efectos prácticos de determinar el *quantum* de la indemnización. Es vicioso pretender que adquiera la cualidad de *prius* con eficacia delimitadora».

De hecho, entre los caracteres del daño jurídico establecidos por doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera se suele destacar de forma unánime su certeza, o «efectividad» (en el sentido de realidad del daño y no mera hipótesis o daño eventual); pero no hay referencia, en cambio, a la cuantificabilidad del daño como elemento esencial al mismo. De hecho, este obstaculizaría incluso la indemnización del daño patrimonial, pues, como destacan GARCÍA LÓPEZ (*op. cit.*, p. 120); GARCÍA SERRANO (*op. cit.*, p. 832) y KELLY (*op. cit.*, p. 505), también en estos casos puede resultar complicada la valoración.

este argumento ha sido superado en ese ámbito, sobre la idea de que el daño moral no cumple una función reparadora, sino compensadora o satisfactiva: se trata de encontrar una suma que cumpla la finalidad de proporcionar satisfacciones a la víctima que compensen el daño sufrido. Desde este punto de vista, la dificultad de valoración queda eliminada como argumento para excluir el daño y, con ello, la responsabilidad²²⁶. Del mismo modo, aquí no se trata de reparar el daño, sino de compensar al niño por el daño sufrido.

No se trata, pues, de un caso cualitativamente distinto de otros a los que se enfrentan los tribunales y respecto de los que no se niega la indemnización, pese a su dificultad²²⁷. El hecho de que lo que haya que valorar en este caso sea la vida humana tampoco se constituye como un obstáculo insalvable a la valoración –aunque algunos así lo afirman²²⁸– puesto que, como indica ZANNONI, la indemnización de la misma se admite en otro tipo de deman-

²²⁶ . Uno de los argumentos barajados tradicionalmente para rechazar el daño moral se apoyaba en que la función de la indemnización era la de resarcimiento o reposición de la víctima al estado anterior a la producción del daño. Puesto que en el daño moral tal reposición no era posible, debía negarse la utilidad de la indemnización (ver al respecto, por todos, GARCÍA LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 104-105 y 120-133). Sin embargo, esta objeción fue rechazada sobre la consideración de que la función de la indemnización en el caso del daño moral consistía en compensar a la víctima por los daños sufridos, equilibrar su patrimonio moral proporcionándole sensaciones agradables que compensen el daño experimentado. Como señalan MAZEAUD y CHABAS (*op. cit.*, p. 423), «réparer n'est pas effacer» (idea que también recoge JOURDAIN, *Principes...*, p. 133).

De hecho, actualmente existe consenso respecto de que la función de la indemnización en el daño moral es meramente compensadora o satisfactiva. Se trata, pues, de proporcionar a la persona nuevas fuentes de bienestar a cambio del sufrimiento padecido (entre otros, ÁLVAREZ VIGARAY, *op. cit.*, pp. 92-93; BUSTO LAGO, *La antijuridicidad...*, p. 91; GARCÍA LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 120-121 o GARCÍA SERRANO, *op. cit.*, pp. 833, 834 y 838-839, así como la jurisprudencia: ver, GARCÍA SERRANO, *op. cit.*, pp. 839-841).

²²⁷ . Concretando este principio en las acciones de *wrongful life*, la idea básica es repetida por nuestra doctrina (DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Diagnósticos II...», p. 153, nota 61 y VICENTE DOMINGO, *Daños corporales...*, p. 109; «El daño...», p. 251), así como entre la doctrina extranjera, fundamentalmente estadounidense, donde afirma TEFF (*op. cit.*, p. 435): «it is trite law that difficulty of computation must not be allowed to stand in the way of an otherwise justified claim» (también, DEWITT ROGERS, *op. cit.*, p. 735; GRUBB, *op. cit.*, p. 279; JACKSON, «Action...», pp. 567-569 y «Wrongful...», p. 356; KELLY, *op. cit.*, p. 530 y SYMMONS, *op. cit.*, p. 294).

De hecho, es un argumento común de rechazo de esta corriente el que pone de relieve cómo los tribunales están acostumbrados a enfrentarse a este tipo de dificultades en la cuantificación del daño, que es difícil pero no imposible. Según TEFF (*op. cit.*, p. 435): «assessing a "wrongful life" plaintiff's injuries [...] should not prove substantially harder than many of the calculations which courts are constantly required to make when evaluating such intangibles as loss of amenity and pain and suffering»; idea que ya sostuvo un juez disidente del caso *Gleitman v. Cosgrove* y que, dice DICKENS (*op. cit.*, p. 85) que se ha extendido por la doctrina (por ejemplo, FURROW, *op. cit.*, p. 103; WEIR, «Wrongful life...», p. 228).

²²⁸ . En concreto, señalaba el Juez Kaus en el caso *Turpin v. Sortini*: «there is a profound qualitative difference between the difficulties faced by a jury in assessing general damages in a wrongful life case» [la cursiva es nuestra]. Del mismo modo, TERRE (*op. cit.*, p. 2267) sostiene: «on ne peut en toute innocence dissenter du prix de la vie comme du prix de toute autre chose; et même comme du prix de la mort».

Por otra parte, destacan BERENSON (*op. cit.*, pp. 904-905) y TAUB (*op. cit.*, p. 211) cómo en general los jueces y jurados disponen de un marco de referencia en su vida para estimar el valor del daño de otros; marco que en estos casos no existe, pues la inexistencia no es un estado cognoscible para el ser vivo. En el mismo sentido incide GILLON (*op. cit.*, pp. 363-364) cuando indica que lo único cierto en estas demandas es que no existe una experiencia sobre la cual realizar una comparación.

das de responsabilidad (en concreto en las de indemnización por la muerte de la víctima). De hecho, este autor sostiene que la jurisprudencia acepta que la vida humana, además del valor moral, tiene un valor económico en sí misma que debe y puede ser indemnizado como daño moral²²⁹.

5. El tercer argumento en contra de esta línea de rechazo de las acciones de *wrongful life* —que indistintamente puede ser aplicado a las dos facetas de la misma—, discute el propio contenido del razonamiento inicialmente expuesto.

En concreto, si el rechazo del daño se basa en la presunta lógica y en la imposibilidad legal de comparar la condición presente del demandado con lo que sería su no existencia, tal imposibilidad, en realidad, no existe. Nada impide asignar valores relativos a ambas condiciones —la existencia con defectos y la no existencia—, para posteriormente calcular los daños. Así lo hacen, de hecho, varios autores que asignan diversos valores a los elementos en comparación para, a partir de diversos métodos, calcular el daño²³⁰. Se afirma, incluso,

²²⁹ . *El daño...*, pp. 142-146. Aunque este valor se representa de forma dependiente de los damnificados por la pérdida, considera el autor que esta dependencia no impide la indemnización de las muertes de niños, ancianos o *nascituri*, puesto que la vida tiene un valor por sí misma, aunque no siempre será patrimonial, sino también moral (pp. 146-155). En esta misma línea, señala YZQUIERDO TOLSADA (*Profesional liberal...*, p. 24) que pese a que se dice que la vida humana es inapreciable, «es a diario tomada en cuenta para calcular indemnizaciones por daños a pagar por los responsables de su pérdida».

La idea ha sido también afirmada por los autores estadounidenses, que ponen de relieve que los tribunales están acostumbrados a valorar los elementos involucrados en las acciones de *wrongful life* frente a otros elementos, motivo por el cual no se ve por qué no pueden valorarse entre sí (CAPRON, *op. cit.*, p. 649). En esta línea, KELLY (*op. cit.*, pp. 530-531) afirma que en otros casos también los tribunales evalúan daños de los que no tienen conocimiento personal y que, aunque ciertamente en este caso la dificultad es mayor («neither personal experience nor testimony can help jurors imagine and compare nonbirth to the child's condition»), sí existe un conocimiento de lo que es vivir y, por ello, de lo que puede ser no vivir. Idea que se complementa con la de MERKEL cuando destaca que no es necesario que los tribunales tengan conocimiento de esta situación, pues no es eso lo que han de apreciar, sino si la vida es o no insoportable para su titular (*op. cit.*, p. 186).

²³⁰ . En este sentido, COHEN parte de que la inexistencia carece de valor, por lo que el daño se debe determinar conforme al valor positivo o negativo de la existencia (según sus beneficios y pérdidas). Aunque esto no lleve a una medición exacta, la misma especulación se encuentra en otros ámbitos, por lo que la aproximación es razonable (*op. cit.*, pp. 227-228). Igualmente, KEASLER FOUTZ' (*op. cit.*, pp. 497-498) sugiere establecer el daño a partir de un balance de los beneficios y pérdidas que experimenta el niño por el hecho de vivir, afirmando la indemnización en los casos en que los segundos sobrepasen a los primeros (pues, en tal caso, de la comparación con el valor relativo de la inexistencia —cero—, resulta la preferencia de la última).

Como variante, afirma KELLY que la comparación es posible si se emplean componentes manejables y ajenos a las cuestiones éticas (pp. 526 y 530). El problema es que existe una resistencia a tal visión, propiciada por la ideología y los valores de los tribunales, que afirman sin más que la vida es siempre mejor que la inexistencia («the problem is not the plaintiff's failure to prove injury, but the court's refusal to allow her to try. The courts do not express a modest concern for the impossibility of the comparison, but rather a fear that plaintiffs might make persuasive comparisons»: p. 527). Cuando se afirma que es imposible establecer la comparación, no se explica por qué (p. 529): se niega que haya un daño, pero no se explica en qué consiste éste en general, o se acude a estrategias de definición del daño que no se emplean en otros casos (p. 530).

que el propio enunciado de que la vida es siempre preferible a la inexistencia conlleva una valoración implícita de ambos estados²³¹.

6. La conclusión que se obtiene de lo que se acaba de ver es la ya apuntada: el rechazo del concepto de daño se plantea como un argumento fuerte, si bien no unánimemente aceptado. Aunque los intentos de contradecir los principios sobre los que se apoya tal rechazo sean débiles –David frente a Goliat–, marcan la pauta para una línea de apertura respecto de la posición general.

Ahora bien, hay que advertir en general que, aunque este obstáculo pudiera llegar a superarse, o –al menos– aunque se pudiera poner en duda la opinión mayoritaria de rechazo, con ello no se llegaría a identificar un daño resarcible indubitado, sino un daño sometido a muchas objeciones y necesitado de una larga y pormenorizada argumentación. De ahí que ha de partirse de la admisión de que es difícil que cualquier respuesta afirmativa de la apreciación de un daño sea plenamente satisfactoria.

3.1.2. Intentos de fijación del daño al margen de la vida del niño

1. Ante la fuerza de los argumentos que rechazan la identificación del daño en el hecho de la vida del niño, la opción lógica es tratar de alejar el daño reclamado del concepto de la vida, intentar, por tanto, aplicar también a las demandas de *wrongful life* la teoría de la separación. Se trata, pues, de buscar un perjuicio presente en el supuesto de hecho de estas acciones que no lleve implícita la carga moral y ética que usualmente se identifica con la reclamación del niño por el hecho de su nacimiento.

Como veremos a continuación, los intentos de identificación de un daño en relación a las acciones de *wrongful life* se han producido en torno a esa idea, afirmando la existencia de tal daño en perjuicios distintos a la propia vida del niño demandante²³².

2. Tal operación, sin embargo, resulta en estos casos más complicada que en las acciones de *wrongful birth*. Cuando un sujeto reclama responsabilidad frente al profesional

²³¹ . En este sentido, JACKSON («Action...», p. 566) y TEFF (*op. cit.*, p. 433).

²³² . Como señala DEWITT ROGERS (*op. cit.*, p. 730), «the few cases recognizing wrongful life claims have focused on the pain and suffering attributable to the defect, without convincingly rebutting the theoretical or philosophical problems attendant to the damages calculation». Del mismo modo, DEGUERGUE (*op. cit.*, p. 15) subraya que en estos casos el daño no surge «por» el nacimiento sino «del» nacimiento.

Un ejemplo de estos intentos es la vía apuntada por MONATERI («La marque...», pp. 299-303), que sitúa la lesión del niño no en el hecho de la vida, sino en la lesión de su dignidad. Con ello, el nacimiento no es elemento de la responsabilidad, sino elemento de su supuesto de hecho.

sanitario que no advirtió a sus padres de la existencia de defectos o malformaciones en la fase prenatal, o del riesgo de transmisión a la descendencia futura de tales defectos o enfermedades, siendo éstos incurables (y restando, pues, como única opción a su concreción en el futuro niño, la terminación de su vida prenatal o su no concepción), es difícil negar que la causa de la reclamación es el propio hecho de vivir²³³.

La complicación, además, no sólo reside en la estrecha relación del supuesto planteado con la vida del niño, sino que también se manifiesta en la dificultad de enfocar de otra forma en estos casos el evento que haya de situarse como presupuesto de la responsabilidad. Aunque en el supuesto de hecho de las acciones de *wrongful life* pudieran existir otros perjuicios identificables como daños, éstos o bien no son imputables al profesional sanitario, o bien resultan difíciles de aplicar al caso concreto. Por ello, la tarea deviene prácticamente imposible.

3. Con esta idea en mente, vamos a analizar primero las teorías doctrinales y jurisprudenciales de identificación del daño en las acciones de *wrongful life* –así como otros posibles daños, distintos de la vida en sí, que puede reclamar el niño protagonista de estas acciones– a fin de ver si realmente tal separación es posible.

3.1.2.1. Teorías doctrinales y jurisprudenciales que buscan afirmar un daño distinto de la vida del niño

3.1.2.1.1. Los defectos o enfermedades del niño como daño

1. El presupuesto de toda acción de *wrongful life* (y de *wrongful birth*) es que el niño nace afectado de un defecto, discapacidad, enfermedad o malformación que ha de ser «grave» e «incurable». Si bien como, ya se insinuó, algunos autores requieren una gravedad extrema, como condición de aceptación de la pretensión de que hubiera sido mejor no haber nacido²³⁴, tal requisito sólo se deberá admitir en tanto que el daño por el que reclame el niño sea precisamente ése²³⁵.

²³³ . De hecho, afirma WINTER (*op. cit.*, p. 330) que no se puede realizar tal separación.

²³⁴ . Ejemplo de ello es MERKEL, que excluye incluso los casos en los que la manifestación de la enfermedad se dilata en el tiempo, por lo que el sujeto ha disfrutado de una vida «sana» hasta que se manifiesta su enfermedad (*op. cit.*, pp. 187-188). Tal es el caso de determinadas enfermedades genéticas que se desarrollan muy tardíamente (como el Corea Huntington), o bien en cuyo desarrollo intervienen determinados estímulos am-

El argumento que aquí se expone identifica el concepto de daño precisamente en este mal que afecta al niño. Se trata, pues, de un daño similar al que se reclama en los supuestos de lesiones prenatales. Es el hecho de la lesión, el daño corporal, el que se reclama como presupuesto de la responsabilidad del profesional sanitario que omitió la información sobre el estado de salud del niño, o al que le es imputable tal falso negativo²³⁶.

bientales (como es el caso de la porphyria, que se desencadena por el uso de barbitúricos; la fisura palatina, labio leporino...; ver EMALDI CIRIÓ, *El consejo...*, p. 61).

Frente a ello, PÉREZ-TENESSA (*op. cit.*, p. 60) admite implícitamente las acciones de *wrongful life* para estos casos cuando se refiere a un cómputo flexible del plazo de prescripción, y destaca la importancia del mismo para los supuestos en que los efectos lesivos tardan mucho tiempo en manifestarse. Por otra parte, GANTZ (*op. cit.*, p. 816) se limita a señalar la exigencia de una gravedad, sin requerir que sea extrema.

²³⁵. Así, señala JACKSON («Wrongful...», p. 359) que esta exigencia de gravedad es lo que diferencia las acciones de *wrongful life* con las de lesiones prenatales, en que se puede exigir reparación por cualquier pequeña lesión. En contra, PETERS y PETERS (*op. cit.*, p. 871) afirman que cualquier grado de defecto puede justificar una reparación, afirmación que, de todas formas, encontrará el límite de la gravedad exigida para proceder al aborto, requisito necesario de estos supuestos de hecho, como ya se indicó.

No obstante, hay que señalar que en algunos casos se ha concedido la reclamación de *wrongful life* pese a la inexistencia de gravedad en la enfermedad. Así ocurrió, en concreto, en el caso estadounidense *Turpin v. Sortini*, en que, pese a reconocerse que el hecho de la sordera del niño difícilmente pudiera llevar a desear que era mejor no haber nacido, se aceptó la reclamación del demandante en cuanto a los daños especiales, pues, de no ser así, su compensación dependería de la circunstancia fortuita de la acción de los padres y de su cuidado. Pudo más la situación del niño que la lógica o el derecho.

²³⁶. Según VICENTE DOMINGO, el daño corporal se define como «cualquier lesión que afecta a la integridad física y psíquica de la persona, puesto que disminuye el bien salud» (*Daños corporales...*, p. 142, «El daño...», p. 232). Existe un debate doctrinal y jurisprudencial respecto de la consideración del daño corporal como integrado en el daño moral o como una categoría distinta al mismo nivel que este daño y el patrimonial.

La primera tendencia parte de un concepto de daño moral amplio, que engloba todo ataque a bienes no patrimoniales; a partir de ahí, optan por su inclusión en la categoría de daño moral, entre otros, ÁLVAREZ VIGARAY (*op. cit.*, p. 86) y DE ÁNGEL YÁGÜEZ («La reparación...», p. 48; *Tratado...*, p. 698). La segunda, parte de un concepto de daño moral estricto, como angustia, o dolor anímico y distingue éste del daño corporal en sí: dolor físico. A partir de aquí, los autores que siguen esta opinión se dividen a su vez en dos grupos: los que consideran ambos daños –moral y corporal– distintos pero integrantes de una categoría superior de daño no patrimonial (FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, p. 224; GARCÍA SERRANO, *op. cit.*, pp. 802-803 y 816 o JOURDAIN, *Principes...*, p. 132), o de daño a la persona (LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos II-2...*, p. 481 o MEDINA CRESPO, *op. cit.*, pp. 25-45); y los que consideran que son daños diferentes, al mismo nivel del daño patrimonial y del daño moral (BAÑEGUIL ESPINOSA y SALVADOR CRESPO, *op. cit.*, pp. 159 y 166; SÁNCHEZ GÓMEZ «Sentencia...», pp. 1061, 1070 y 1071 e YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...* p. 155). Según VICENTE DOMINGO, no obstante, ha de admitirse que esta última tendencia (a la que ella parece adscribirse) no se corresponde con la opinión de la jurisprudencia (*Daños corporales...*, p. 154).

Esta separación pura entre daño moral y daño corporal proviene del sistema italiano en el que, al igual que en el alemán se contiene en los artículos 1174 y 2059 del *Codice civile* de 1942 una restricción de la indemnización del daño moral a los casos en que la ley lo prevé (ver al respecto, por todos, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «La reparación...», pp. 62-64; *Tratado...*, pp. 710-712). Esto ha llevado a elaborar una serie de categorías (*danno biologico*, *danno alla salute*, *danno esistenziale*) que buscan ampliar el daño resarcible allí donde el daño patrimonial se queda corto y el daño moral no puede entrar (sobre *danno esistenziale*, categoría de elaboración reciente, ver MONATERI, «“Alle soglie”: la prima vittoria in cassazione del danno esistenziale», *Danno e responsabilità*, 2000 (8-9), p. 837 o ZIVIZ, «Alla scoperta del danno esistenziale», en *La responsabilità extracontrattuale. Le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*, dirigido por P. Cendon, Giuffrè Editore, Milano 1994, p. 60).

Sin embargo, como destaca PANTALEÓN PRIETO («La indemnización...», pp. 614, 621 y 622; «Artículo 1902...», pp. 1972 y 1994) –y reiteran BUSTO LAGO (*La antijuridicidad...*, p. 85) y VICENTE DOMINGO (*Daños*

2. Si se recuerda, una idea parecida era la que permitió en Francia la aceptación de las demandas de *wrongful birth*, sobre la base de que aunque la vida «por sí sola» no podía ser considerada un daño, éste podía concurrir en presencia de situaciones particulares²³⁷. Pero el artículo 1 de la Ley 2002-303 parece haber excluido de raíz esta posibilidad al declarar: «nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance»²³⁸.

3. Esta teoría, sin embargo, se enfrenta a diversas críticas:

- En primer lugar, aplicando de forma implícita la teoría de la diferencia, se cuestiona cómo se pueden calificar como daño los defectos, cuando el niño ha nacido ya con ellos. En concreto, se alega que el niño no ha conocido un estado de vida mejor respecto del cual su enfermedad o mal constituyan un menoscabo; no hay, pues, empeoramiento respecto de un estado de salud anterior. Para apreciar el daño no se debería establecer la comparación respecto de un parámetro de estado de salud normal, sino respecto del propio estado de salud del niño, sin que sea posible separar éste de la enfermedad²³⁹.

corporales..., p. 49)–, nuestro sistema no requiere la lesión de un derecho subjetivo absoluto como requisito para la tutela aquiliana. A diferencia de los casos italiano y alemán, se parte de una cláusula general de definición del daño, dentro de la cual la indemnización del daño moral se ha ido admitiendo de forma amplia, por lo que, al no existir un obstáculo a la indemnización del daño moral, no se debería sentir la necesidad de construir una categoría como el daño biológico fuera del daño moral. El problema de aplicar teorías de otros ordenamientos es que muchas veces surgen por la concreta situación o regulación del país, no siendo explicables más que dentro de ese contexto (así, señalan ZWIGERT y KÖTZ que cada ordenamiento se debe estudiar desde dentro del mismo, acudiendo a sus propias fuentes de derecho y otorgándoles el valor que en el sistema se les otorgue, *op. cit.*, pp. 34-35).

Pese a ello, MEDINA CRESPO (*op. cit.*, pp. 72-76) y VICENTE DOMINGO (*Daños corporales...*, pp. 148-149) parecen defender la inclusión con entidad propia de esta categoría en el sistema español.

²³⁷. En Alemania se intentó también una línea argumental similar a través de la teoría de la «vida indigna» por la cual se sostenía que en el caso de las demandas de *wrongful life* el daño del niño deriva de que su vida transcurre en la frontera de la indignidad. OSTHEIDE (*op. cit.*, pp. 183-186), de hecho, recoge esta posición que, como se verá a continuación, critica.

En nuestro país, esta teoría parece apuntada entre la jurisprudencia menor en la resolución de casos de *wrongful conception*, cuando se destaca que el nacimiento por sí solo no es un daño: «como ello no vaya acompañado de circunstancias determinantes de lesividad». Así, las SSTAP de Asturias de 28 de abril de 1992; de Navarra de 26 de enero de 1999 y del TSJ de Cataluña de 9 de noviembre de 1993. Por su parte, el Tribunal Supremo sostuvo en principio la misma idea en la STS de 4 de febrero de 1999, al afirmar que la doctrina predominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea *per se* un daño. Sin embargo, el hecho de que el caso resuelto por la misma fuera precisamente uno de *wrongful birth* (es decir, un caso en el que concurrían los daños especiales que, conforme a la doctrina francesa, deberían llevar a la estimación del daño) y el hecho de que el Tribunal Supremo desestimara tal demanda, contradice esta opinión.

²³⁸. SÉRIAUX, sin embargo, como ya se indicó, lo pone en duda, puesto que lo que se impide son las demandas apoyadas en la vida del niño discapacitado, no por la vida discapacitada: «les souffrances physiques et morales ainsi que les multiples dépenses qu'occasionnent l'infirmité» («Jurisprudence...», p. 579). La reclamación se centra en tales características, no en el hecho de la vida.

²³⁹. Esta teoría parece ser apuntada por LAUFS («Haftung...», p. 1057) y ZIMMERMANN (*op. cit.*, p. 132).

Frente a ello, sin embargo, argumenta NOVELLINO que es posible establecer la comparación aunque en el caso concreto no pudiera haber nacido el niño sin la enfermedad: cada sujeto tiene un derecho a su propio cuerpo, derecho que es referido por el autor a un cuerpo concebido a imagen y semejanza de Dios²⁴⁰. Por tanto, la comparación se ha de realizar respecto de un parámetro de salud y normalidad elaborado a partir de la media del resto de los seres humanos considerados objetivamente como sanos. Aunque respecto del propio sujeto no haya un empeoramiento o desmejora de la salud, tal daño sí se produce en relación a lo que objetiva y usualmente se considera como salud²⁴¹. Esto, de hecho, es lo que permite también la indemnización de las lesiones prenatales directas.

- En segundo lugar, la identificación del daño en la enfermedad o defecto olvida que éste se plantea como «incurable», por lo que el niño no tenía oportunidad real de nacer sano. Así pues, resulta lógicamente imposible considerar como menoscabo o perjuicio la pérdida de una situación en la que el demandante nunca podría haberse encontrado²⁴².

Por tanto, para sostener que el daño es la vida discapacitada debería partirse de su consideración de daño objetivo o en sí mismo –sobre la constatación de que es peor vivir con defectos que no vivir– y no como comparación²⁴³.

- En tercer lugar, esta argumentación se enfrenta a un obstáculo práctico, como es la dificultad de establecer una relación de causalidad entre el comportamiento del profesional sanitario y este daño consistente en la enfermedad o defecto. Como se vio desde un principio, el origen del mal que sufre el niño se encuentra, bien en un evento natural o biológico, o bien en la actuación de un sujeto distinto del profesional sanitario frente al que se plantea la reclamación por *wrongful life*. El profesional sanitario, en cambio, se «limita» a no detectar el mal ya presente en el niño; no es, pues, quien lo provoca. Por ello, aunque se con-

²⁴⁰ . «Responsabilidad...», pp. 249-250.

²⁴¹ . Afirma MEDICUS (*Besonderer...*, p. 376): «der unverletzte (gesunde) Zustand des Menschen ist von der Natur vorgezeichnet und braucht daher nicht real bestanden zu haben, um “verletzt” werden zu können».

²⁴² . En este sentido, WINTER (*op. cit.*, p. 333) afirma que esta comparación no es real, pues la alternativa (el niño sano) no existía en el caso concreto.

²⁴³ . Tal parece ser, de hecho, la pretensión de NOVELLINO («Responsabilidad...», p. 265), que cita al respecto las palabras de Milmaniene: «llegar enfermo a este mundo altera el proyecto de vida del recién nacido, pues el impacto psicosomático es tan vigoroso que el núcleo existencial del sujeto es atacado y sin él nada tiene sentido». Remarca NOVELLINO que no se trata de una mera alteración o modificación de la persona, sino que se compromete su propio ser y le acompaña durante toda su existencia.

Junto a este autor hay que recordar el resto de autores que ya se citaron en relación al recurso de la afirmación del daño en sí mismo como alternativa a los obstáculos opuestos por la teoría de la diferencia.

siderase que existía un daño por la situación enferma del niño, este daño no podría serle imputado al sujeto cuya responsabilidad por *wrongful life* se reclama²⁴⁴.

4. Es por este último argumento basado en el problema de la relación de causalidad, de hecho, por lo que la mayoría de los autores elude establecer la reclamación sobre la base de un daño por la enfermedad o defecto. Aunque el estado del niño se tenga en cuenta por aquellos que afirman la responsabilidad a la hora de establecer el monto de la indemnización, no se identifica como el presupuesto de la responsabilidad reclamada.

Pero en realidad no es que se niegue en general el carácter de daño resarcible de tales perjuicios —objetivamente considerados, pocos dudan de que el estado de salud enfermo del niño suponga un daño respecto de un estado de salud normal—, sino que se niega su reparación, al fallar otros presupuestos de la acción de responsabilidad.

3.1.2.1.2. Privación a la madre de la facultad de abortar o privación a los progenitores de la facultad de decidir sobre la descendencia futura

1. Conforme a esta teoría, cuando el profesional sanitario omite la información sobre el estado de salud del *nasciturus*, o los riesgos que amenazan al *concepturus*, no sólo priva a los progenitores de la posibilidad de decidir sobre la procreación futura o la interrupción del embarazo en curso, sino que, a su vez, ocasiona un daño al niño. Tal daño deriva de la privación a los progenitores en sí misma: del hecho de no haber permitido a su madre abortar o no haberle permitido evitar la concepción.

Esta teoría, no muy frecuente entre nuestra doctrina²⁴⁵, ha sido alegada principalmente en Francia a raíz de la jurisprudencia de la *Cour de Cassation* en el caso Perruche (sentencia de 17 de noviembre de 2000), donde se justificó la acción de *wrongful life* sobre

²⁴⁴ . Como señala PACE (*op. cit.*, p. 153), «the plaintiff does not allege that the defendant caused the defect from which he suffers; rather, the plaintiff alleges that the defendant caused his birth. Thus, by isolating the injury as the defect, the court holds the defendant liable for an "injury" that he has not caused». Ver sobre este problema lo que posteriormente se establezca en materia de relación de causalidad.

²⁴⁵ . Ningún autor la menciona de manera expresa, sino que, como mucho, se apunta hacia ella. En este sentido, DE ÁNGEL YAGÜEZ («Diagnósticos II...», pp. 151-152) parece referirse a ella implícitamente cuando manifiesta sus dudas acerca de la acción del hijo, basada sólo en su afirmación de que su madre hubiera abortado (posibilidad que parece rechazar, pues no se trata de una decisión fácil y su afirmación por un sujeto distinto de la mujer tiene escaso valor jurídico; pero respecto de la que mantiene la posibilidad de que se acredite con otras pruebas, utilizando el criterio de la razonable verosimilitud). De forma similar, Díez-PICAZO GIMÉNEZ (*op. cit.*, p. 1705) puntualiza que la alegación del hijo no ha de dirigirse a si su madre hubiera o no abortado, sino a si pudo o no decidirlo, con lo que implícitamente admite la identificación del daño en esta privación.

la base del incumplimiento de los médicos frente a la madre, que le impidió a ésta interrumpir su embarazo²⁴⁶.

2. A la hora de caracterizar este daño, no obstante, surge la duda de si el daño que se pretende construir es un daño directo o un daño de rebote²⁴⁷.

3. Como daño directo, se trataría de afirmar que el falso negativo imputable al profesional sanitario causa al mismo tiempo un daño a los progenitores y al niño, afirmación que requiere como presupuesto que ambos sujetos fueran titulares de la facultad de aborto o la libertad de procreación, o bien que esta facultad o libertad se concediera a los progenitores en interés del niño²⁴⁸. Sin embargo, ese sistema no se corresponde con la regulación de estas opciones legales en nuestro Ordenamiento.

Como ya se vio, no hay duda de que la titularidad de esta libertad o de esta facultad se concede, respectivamente, a los progenitores y a la mujer, y que el interés que se con-

²⁴⁶ Dice en concreto la *Cour de Cassation*: «Attendu, cependant, que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme. P. avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues».

Tal conexión es percibida por la doctrina francesa que, o bien se limita a corroborarla (KAYSER, *op. cit.*, p. 1890), o bien se opone a ella (pues permite que el niño reclame por la violación de un derecho subjetivo de la madre: AYNÈS, *op. cit.*, pp. 493-494; PALMERINI, «Note...», pp. 211-212 y TERRÉ, *op. cit.*, p. 2267); o bien proclama la existencia de un nuevo tipo de daño (el daño por prolongación de un elemento del derecho de la mujer a interrumpir su embarazo: AUBERT, *op. cit.*, pp. 490-491).

Fuera del ámbito francés, esta teoría también parece haber sido sostenida en el caso *Park v. Chessin*: «the breach of this right may also be said to be tortious the fundamental right of a child to be born as a whole, functional human being». Igualmente, MANNSDORFER considera que la mera existencia de un deber entre el facultativo y los progenitores previo al nacimiento o a la concepción es fundamento de la acción del niño, pues hace fracasar la decisión de no procrear o no gestar. El deber que existe frente a los progenitores se refleja en el *nasciturus* o *concepturus*, pues afecta directamente a sus futuros bienes jurídicos o derechos de la personalidad (*op. cit.*, pp. 100-101). Como variante, identifica FURROW el daño con el hecho de que se ha impedido a la familia adoptar decisiones relativas a la reproducción (*op. cit.*, pp. 104 y 106).

²⁴⁷ Tal caracterización tiene su trascendencia desde el momento en que el daño de rebote, aunque admitido en nuestro sistema, queda limitado como ya se dijo a dos situaciones: muerte de la víctima directa o lesiones graves. Cuando aquí se pretende que el daño de rebote para el perjudicado indirecto derive de la privación a la víctima directa de una facultad o libertad, las posibilidades de aceptar como daño resarcible un perjuicio indirecto para el niño como consecuencia de tal daño, disminuyen. De hecho, AYNÈS (*op. cit.*, p. 495) pone de relieve que no se puede reclamar por el daño que deriva de la lesión de un derecho subjetivo ajeno: el daño procede de la lesión de un derecho subjetivo propio.

²⁴⁸ Así, afirma SHAPIRA (*op. cit.*, p. 372), que el reconocimiento del aborto embriopático manifiesta un objetivo general de proteger los intereses del *nasciturus* y no sólo los de la madre. Por otra parte, DREYFUSS-NETTER (*op. cit.*, pp. 5-6) considera que en el aborto embriopático la decisión se adopta en interés del niño. En concreto, señala que tras el artículo 2213-1 del *Code de la Santé Publique* (numerado tras la reunificación de junio de 2000), que regula el aborto embriopático, se encuentra la consideración de que en tales circunstancias es mejor no nacer (a diferencia de la otra situación en que el aborto está permitido —crisis de la mujer—, donde lo que se contempla es el interés de la mujer). Concluye, pues, que se decide en interés del niño.

templa en concreto es el de éstos, no el del *nasciturus* o del *concepturus*²⁴⁹. De hecho, los progenitores no quedan obligados a tomar en consideración el interés del no nacido a la hora de adoptar su decisión, aunque esté presente en el conflicto planteado, por lo que tampoco puede serle opuesto al profesional sanitario como fuente de daños²⁵⁰.

Este esquema, de hecho, es compartido en el derecho comparado, donde resulta prácticamente unánime la afirmación de la titularidad de esta facultad y esta libertad en uno o ambos progenitores, mas no en el niño ni en su interés²⁵¹. Si esto es así, resulta difícil

²⁴⁹ . La STC 53/1985, de 11 de abril afirmó la constitucionalidad de los motivos de interrupción voluntaria del embarazo propuestos en el proyecto de ley de despenalización del aborto sobre la base del interés de la madre, que entraba en conflicto con el del *nasciturus*. En concreto, respecto del motivo embriopático dispuso el Tribunal Constitucional (FJ 11): «el fundamento de este supuesto [...] se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia».

²⁵⁰ . En contra de esto, en el caso estadounidense *Turpin v. Sortini* se afirmó que aunque en la decisión sobre el aborto los padres tienen en cuenta su propio interés, también presumiblemente tienen en cuenta el interés del futuro niño (opinión que comparte SHAPIRA, *op. cit.*, p. 370 y que parece compartir LILIE, en la medida en que afirma que son los padres los que determinan cuál es el interés del niño, pues son los mejor situados para realizar tal valoración, *op. cit.*, pp. 193 y 204-205).

Ahora bien, aunque se constate que en la mayor parte de los casos la decisión adoptada no parte de un principio completamente «egoísta», ha de negarse —por contrario a la lógica— que sea el interés del niño el que se tome en cuenta: aunque la madre adoptara la decisión pensando en el niño, tal decisión tendría como centro lo que la madre pensara que era mejor para éste, no su interés, pues tal interés —como interés personal—, sólo puede ser determinado por el propio niño.

En un sentido similar a esta argumentación, GILLON afirma con rotundidad que la elección de los padres es en su propio interés y que aunque crean que deciden en interés del niño, no lo hacen cuando optan por el aborto, puesto que en general la vida es siempre mejor y la privación de la vida no responde al interés del *nasciturus* (*op. cit.*, p. 364). Menos claro, pero también en la misma línea, MARTÍNEZ-CALCERRADA («Problemática...», p. 4) afirma de forma algo críptica que en el caso de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* «no se comparte la defensa de que los padres han de decidir en nombre del hijo y siempre en su beneficio, frente a lo que no se puede justificar que opten por su destrucción salvo que se anuncie una vida verdaderamente con sufrimientos, dolores físicos y psíquicos, que supongan un detrimento injustificado e irracional de su vida» [*sic*]. Aunque no queda muy claro, parece poner en duda la supuesta asunción por los progenitores del interés del hijo en relación a estas situaciones.

²⁵¹ . Así, comenzando por los autores anglosajones, se subraya que es la mujer la que ve lesionado su interés y frente a la que existía un deber por parte del sanitario (KELLEY, *op. cit.*, pp. 940-941; SEYMOUR, *op. cit.*, p. 254; así como el caso inglés *McKay v. Essex Area Health Authority*). Entre los autores franceses, frente a la posición ya reflejada de la *Cour de Cassation*, pone de relieve PALMERINI («Note...», pp. 211-212) que el aborto es una facultad establecida a favor de la madre; idea con la que coincide TERRÉ (*op. cit.*, p. 2267). De hecho, este segundo autor critica la concesión al niño de una indemnización en estos casos, pues con ello se desconoce la decisión de la madre. En tercer lugar, en Italia, FERRANDO («Nascita...», pp. 243-244; *Libertà...*, p. 227) remarca que la facultad de aborto se concede en interés de la mujer y no del niño (afirmación, por otra parte, plenamente coherente con el sistema de aborto regulado en tal país, en tanto que no se contempla ni siquiera la indicación embriopática). Y, finalmente, respecto de Alemania, destaca PICKER (*Wrongful life...*, pp. 49-53) cómo en el derecho alemán no se establece la indicación embriopática en reconocimiento de los intereses del niño, sino de la madre; idea que confirma igualmente OSTHEIDE («die besondere Verpflichtung des Arztes, die Schwangere über Risiken der Schwangerschaft und mögliche Schäden des Nasciturus aufzuklären, liegt primär im Interesse der Schwangeren, so daß bei Verletzung dieser Pflicht dem Kind keine Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung zustehen»; *op. cit.*, p. 180) o SCHÜNEMANN (*op. cit.*, p. 577).

tratar de enlazar la titularidad de estas facultades o libertades respecto del niño no nacido y, con ello, su daño por la privación de las mismas.

4. Esto nos deja como única opción la caracterización de tal daño como daño de rebote, caracterización que tampoco se encuentra libre de obstáculos. Efectivamente, aunque se pudiera aceptar que en la actualidad se admitiese como daño de rebote el derivado de la privación de una facultad o de una libertad de la víctima directa –lo cual es muy dudoso–, no es fácil construir un daño de rebote a partir del daño de los progenitores o de la madre por la privación de la facultad o libertad de decisión.

- Si se parte de que el daño de la víctima directa es un daño moral (pues así se ha calificado anteriormente), habría que plantearse si de él se puede derivar daño alguno para el niño. Es difícil imaginar cómo la lesión del libre desarrollo de la personalidad de los progenitores, por no haber podido asumir ellos la decisión, puede ocasionar un daño sobre otro sujeto. Por otra parte, si se hace derivar el daño del resultado de esta privación –el nacimiento del niño y los gastos que lleva aparejados–, se encuentra, precisamente, el obstáculo que se trataba de evitar: el daño indirecto derivaría del hecho mismo de la vida del niño.

- Del mismo modo, si –forzando la situación– se enfocase la privación como daño patrimonial, aunque pudiera apreciarse una relación entre el detrimento del patrimonio de los progenitores por los gastos ocasionados por el niño y las expectativas de este último respecto de tal patrimonio, un daño basado en la posible repercusión sobre el niño de tales daños patrimoniales no sería cierto, sino eventual²⁵².

5. Por tanto, esta teoría encuentra grandes dificultades cuando se trata de desarrollar el concepto de daño propuesto. Aunque la idea tiene su mérito, el daño propuesto no responde a las directrices del sistema respecto de la caracterización de los daños resarcibles. Por ello, esta línea de razonamiento no sirve para el objetivo perseguido.

3.1.2.1.3. Daño por lesión del «derecho a no nacer»

²⁵² . El daño reclamado por el niño, como consecuencia del menoscabo en el patrimonio de los progenitores producido por el propio nacimiento del sujeto que reclama el daño de rebote, habría de consistir necesariamente en sus posibles derechos hereditarios frente a tal patrimonio (la reclamación de un daño patrimonial presente carece de sentido cuando el menoscabo patrimonial se debe, precisamente, a que se están sufragando los gastos que requiere el cuidado del niño discapacitado). Pero este daño es eventual e incierto. Ni se sabe si el niño accederá efectivamente a la herencia de sus padres (puede fallecer antes) ni existe una pretensión anterior al fallecimiento a un determinado monto del patrimonio del causante.

1. El presupuesto del que parte esta teoría es la existencia de un derecho de todo ser humano a no nacer; derecho que surge en aquellas situaciones en las que el futuro ser sufriría de defectos o enfermedades que fueran a convertir su vida futura en insoportable²⁵³. Dado que el comportamiento negligente del profesional sanitario impide a los progenitores optar por la interrupción del embarazo (y, con ello, la realización de este derecho), lesiona directamente el derecho del niño, lesión que ha de ser indemnizada.

Aunque la mayoría de la doctrina se muestra contraria a esta teoría, pues se niega el presupuesto del que parte (la existencia de tal derecho)²⁵⁴, ha sido sostenida por algunos autores extranjeros, como DEUTSCH²⁵⁵ o JOURDAIN²⁵⁶, entre otros²⁵⁷.

²⁵³ . Aunque esta teoría se ha enunciado generalmente respecto del caso de los *nascituri* (esto es, en relación con los supuestos de diagnóstico prenatal erróneo), debería poder ampliarse a los supuestos de diagnóstico preconcepcivo erróneo. Ahora bien, puesto que el nacimiento es un requisito imprescindible de las acciones de *wrongful life*, el derecho correspondiente a los casos de diagnóstico preconcepcivo no será un «derecho a no ser concebido», sino igualmente, un «derecho a no nacer».

²⁵⁴ . El «derecho a no nacer», ha sido rechazado por la mayoría de la doctrina extranjera (por ejemplo, CAPRON, *op. cit.*, p. 660; DEWITT ROGERS, *op. cit.*, p. 754; FINEL, *op. cit.*, p. 235; HAUSER, *op. cit.*, p. 863; LYSAUGHT, *op. cit.*, p. 10 y MÉMETEAU, *op. cit.*, p. 2279), si bien, según VON BAR (*Vol. I*, p. 601; *Vol. II*, p. 64), se trata de una teoría con cierto peso.

Como argumentos de rechazo, algunos afirman que el hombre debe tomar la vida como le es dada (sentencia del BGH de 18 de enero de 1983 y HARRER, *op. cit.*, p. 273); otros, que la vida es un bien supremo e indisponible (*Tribunale di Roma* de 13 de diciembre de 1994); y otros, que es en todo caso el niño el que ha de decidir sobre su vida, no otro sujeto (MANNSDORFER, *op. cit.*, p. 102). Nuestros autores, por otra parte, suelen acudir a la protección constitucional del derecho a la vida y a la protección del *nasciturus* como bien jurídico que ha de prevalecer allí donde no se plantee un conflicto de intereses (MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU, «Sentencia...», p. 1121).

El rechazo proviene también de la jurisprudencia. En concreto, entre la jurisprudencia estadounidense destacan los casos *Becker v. Schwartz*; *Curlender v. Bio-Science Laboratories*; *Siemieniec v. Lutheran General Hospital* y *Speck v. Finegold*; y entre la británica, el caso *McKay v. Essex AHA* (según argumentaba el Juez Stephenson, el hecho de que la ley reconozca la existencia de una distinción entre un feto y un ser nacido no lleva a establecer un deber para el médico de acabar con la vida del feto, o un derecho de éste a morir).

²⁵⁵ . En diversas obras («Anmerkung...», p. 451; «Neuere...», p. 714; «Das Kind...», p. 614; *Arztrecht...*, p. 132) repite este autor la idea de que el derecho a la no existencia emana del derecho de la personalidad potencial del niño. La vida futura es portadora del correspondiente derecho de la personalidad, dado que en los casos discutidos se afecta con claridad a la humanidad del niño. El derecho de la personalidad se concreta así en disfrutar de una vida normal y no tener que vegetar en un estado dañado.

²⁵⁶ . Afirmar esta autora que existe un derecho a no vivir gravemente enfermo que se deduce de la propia existencia de la ley de aborto en su reconocimiento del aborto embriopático: «L'avortement thérapeutique, par le fait même de sa légalisation, implique un préjudice lié au handicap que n'efface pas le seul fait de vivre» («Réflexions...», p. 337).

²⁵⁷ . Junto a ello, otros autores han afirmado la existencia de este derecho. Así, por ejemplo, AUBERT (*op. cit.*, p. 490) lo establece como derivado del derecho al aborto de la madre: «c'est en réalité qu'une projection du droit de la femme et qui, comme telle, reste soumise à la volonté discrétionnaire de celle-ci». Entre los autores italianos, LUPOI (*et al.*) señalan como posible solución a las dificultades que este derecho ofrece a la doctrina tradicional proclamar su carácter como sancionatorio (más propio del derecho anglosajón) o establecer su surgimiento respecto del evento dañoso (*op. cit.*, p. 41). Del mismo modo, SHAPIRA (*op. cit.*, p. 373) parece reconocer este derecho, del que señala que además ofrece una fórmula más sencilla para la compensación del daño, pues establece la comparación frente a la vida sana, no frente a la no-vida.

2. El problema de esta argumentación no sólo reside en que, conforme a criterios éticos o religiosos, la existencia de tal derecho sea cuestionable²⁵⁸, sino que es también dudosa desde un punto de vista jurídico. De hecho, este daño se enfrenta a tres obstáculos jurídicos asociados a la titularidad, al ejercicio y al encaje constitucional de este derecho.

- Titularidad: dado que el contenido del derecho consiste en no nacer, parece lógico considerar que la titularidad del mismo se habrá de atribuir a los no nacidos; es decir, a todo *nasciturus* o *concepturus*. Tal conclusión lógica, sin embargo, suscita una cuestión jurídica, como es la relativa a la titularidad de derechos por quien carece de capacidad jurídica.

Si bien ya se vio cómo la ficción del artículo 29 Cc permite considerar como nacido al concebido para todos los efectos que sean favorables, la primera duda surge en torno al concepto de «efecto favorable», aplicado a un derecho que consiste en no nacer²⁵⁹. Dicha duda se incrementa si se tiene en cuenta que, como se vio, la regulación del artículo 29 Cc implica que aquello que es favorable para el *nasciturus* queda en situación de pendencia hasta el momento en que se confirma el nacimiento; momento a partir del cual se retrotrae el surgimiento de la personalidad jurídica, como máximo, al momento de la concepción. Ahora bien, si se plantea un derecho que consiste en no nacer, esta previsión legal impide la efectividad del mismo, como destaca EMALDI CIRIÓN, pues implica que el niño no es titular del derecho hasta que nace, evento a cuya evitación, precisamente, iba dirigido el derecho en cuestión²⁶⁰. El absurdo lógico es importante y demuestra cómo, aunque exista un meca-

Entre la jurisprudencia, aunque en ocasiones se ha citado la sentencia del caso *Perruche* como apoyo a esta doctrina, al conceder indemnización en un caso de *wrongful life*, DREYFUSS-NETTER (*op. cit.*, p. 2) señala que no se consagró tal derecho a nacer, sino que se limitó a resolver el caso planteado (sin realizar pronunciamientos generales). El autor, no obstante, afirma posteriormente que puede derivarse un daño por el hecho de nacer de la propia legislación sobre el aborto (p. 6), por lo que su opinión es favorable a esta tendencia.

²⁵⁸. Ejemplo de ello puede ser el argumento de AYNÉS (*op. cit.*, p. 495) cuando niega la caracterización como derecho del no nacer porque no se puede considerar como derecho lo que es atribuido a su titular y recibido por éste como un don. Esto impide su supresión originaria.

Pero las mayores críticas se centran en la contrariedad de un derecho como el que se pretende afirmar respecto de concepciones como la de la santidad de la vida, como pusieron de relieve los Jueces Acner y, parcialmente, Stephenson, en el caso británico *McKay v. Essex AHA* («man, who knows nothing of death or nothingness cannot possibly know whether that is so»); argumento que es repetido por el BGH (sentencia de 18 de enero de 1983): «der Mensch hat grundsätzlich sein Leben so hinzunehmen, wie es von der Natur gestaltet ist, und hat keinen Anspruch auf seine Verhütung oder Vernichtung durch andere»; y por ciertos autores, como FRANZKI (*op. cit.*, p. 1184).

²⁵⁹. En este sentido, HAUSER (*op. cit.*, p. 863) cuestiona la adquisición de ese derecho antes del nacimiento ya que es dudoso que se trate de un derecho que redunde en su interés. Frente a ello, AUBERT (*op. cit.*, p. 490) declara que la teoría de los derechos ha de evolucionar ante la presión del progreso médico y biológico, así como ante la evolución social (p. 491), por lo que tiende a una aceptación de la atribución del derecho.

²⁶⁰. Sostiene en concreto la autora que el «derecho a no nacer» precisa de la existencia de un titular; pero que no podrá ejercer tal titularidad el no nacido. Existe, por tanto, una imposibilidad categórica («La responsabili-

nismo jurídico que pueda salvar el obstáculo de la falta de personalidad del *nasciturus*, no es aplicable al contexto planteado.

Junto a ello, surge otra duda en relación a los *concepturi*, respecto a los que el Ordenamiento no prevé un mecanismo de salvaguarda de sus futuros derechos similar al del artículo 29 Cc. Ante tal silencio, atribuir a un no concebido la titularidad de un derecho a no nacer requiere una obra de ingeniería jurídica, alejada de la realidad práctica.

- Ejercicio: sea el titular del derecho el *concepturus* o el *nasciturus*, puesto que el ejercicio de tal derecho ha de ser anterior al nacimiento —si se concibe este ejercicio como el impedir el nacimiento del niño—, difícilmente podrá ejercitarlo en tal momento, ya que, falto de vida independiente y de personalidad, carece de voluntad y decisión. Por ello, parece que es otro sujeto quien ha de ejercitarlo²⁶¹.

Ahora bien, la atribución del ejercicio de este derecho a otro sujeto lleva a un callejón sin salida. De hecho, al margen de los problemas de representación de un *nasciturus* o de un *concepturus* estudiados en su momento, el problema reside en qué sujeto ha de ejercitar tal derecho en nombre del no nacido. Por un lado, la idea de que sea ejercitado por los progenitores choca con la implicación de sus propios intereses en el conflicto planteado (lo que les hace inidóneos para ocupar dicha posición)²⁶².

Por otro lado, si se piensa en el facultativo, o en otro sujeto (designado por la ley o por un órgano judicial)²⁶³, el resultado no es más satisfactorio: no sólo se produce un cho-

dad...», p. 1605; *El consejo...*, p. 243). Esta misma idea la recoge el francés SAINTE-ROSE (*op. cit.*, p. 319), que afirma que tal derecho es contradictorio desde un punto de vista lógico, puesto que la condición de sujeto de derecho, necesaria para solicitar la reparación, se alcanza por no haber sido abortado, centrándose la reclamación precisamente en esto que le hubiera impedido convertirse en sujeto de derecho.

²⁶¹ . Posibilidad que, según SAINTE-ROSE (*op. cit.*, p. 319) es ciertamente «paradójica». Tal idea es apoyada igualmente por PALMERINI («Note...», p. 212), que destaca cómo si bien este derecho se debería ejercitar a través de otro, por su propio contenido tal representación queda excluida.

²⁶² . Entre nuestros autores, así lo señala PANTALEÓN PRIETO, que considera que pretender que los progenitores tengan en cuenta el interés del niño supone plantear un conflicto de intereses, en tanto que en esa actuación está presente también su propio interés. La atribución por el Ordenamiento de la facultad de decisión a los progenitores responde a una valoración de sus intereses por encima de los del *nasciturus* o *concepturus*. Por tanto, si bien es posible que en algunos casos los progenitores tengan en cuenta el interés de éste, lo normal será que atiendan en exclusiva a su propia voluntad, ya que el Ordenamiento se lo permite. Además, los progenitores no pueden ejercitar tal facultad en nombre del niño, pues es una decisión personalísima («Procreación...», p. 272-273). A esta opinión se adhiere DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (*op. cit.*, p. 1704).

Frente a ello, CAPRON destaca que, aunque existan intereses en conflicto, ello no significa que los padres no sean sujetos cualificados para decidir. Negarles esta cualificación remite en el fondo al principio de la preferencia de la vida en todo caso. Por ello, el principio que se ha de seguir es el de que la decisión reside en el paciente, no en el médico (*op. cit.*, pp. 652-653).

²⁶³ . Ver en este sentido, DUGUET (*op. cit.*, p. 141) o SAINTE-ROSE (*op. cit.*, p. 319).

que entre su actuación para la preservación del derecho del niño y los derechos a la integridad física de la madre²⁶⁴; sino que además, se le obliga a realizar una conducta que puede ser contraria a su conciencia, preservada por el artículo 16 CE. De hecho, en atención a estas consideraciones, la mayoría de la doctrina niega la existencia de un deber del profesional sanitario de poner fin a la vida del niño²⁶⁵.

- Encaje constitucional de un «derecho a no nacer»: la proclamación de este derecho se enfrenta al reconocimiento en el artículo 15 CE del derecho a la vida, respecto del que tanto el Tribunal Constitucional, como la doctrina, han establecido que no implica también el derecho a la propia muerte²⁶⁶. Es nulo, por tanto, todo acto de disposición directa del derecho a la vida. Por ello, ha de entenderse que la negación del derecho a la propia muerte arrastra consigo también una negación de un derecho a no nacer.

Por otra parte, aunque según DEUTSCH este «derecho a no nacer» emana de la dignidad de la persona, para algunos autores precisamente el reconocimiento de tal derecho lesiona este valor que garantiza el respeto del ser humano desde el inicio de la vida²⁶⁷.

²⁶⁴ . Así lo pone de relieve MERKEL (*op. cit.*, p. 191 y nota 53) cuando sostiene que el médico es garante de la evitación del nacimiento, si bien tal garantía se ve limitada por la facultad autónoma de decisión de la mujer, lo que restringe el deber del primero a un deber de información y consejo a la embarazada.

Tal limitación, incluso, se encuentra reforzada desde un punto de vista penal. En concreto OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 187) sostiene que cuando la embarazada se niega a abortar, el médico no puede ejercitar sin más un derecho del niño a no nacer, pues tal intervención sería delictiva. Igualmente, en nuestro derecho la intervención de interrupción del embarazo sin consentimiento de la mujer es un delito (artículo 144 Cp).

²⁶⁵ . Entre nuestros autores, PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», p. 272) rechaza la existencia de un deber del profesional sanitario de poner fin a la vida del *nasciturus*; rechazo que se recoge también en Inglaterra (JACKSON, «Action...», p. 538 y «Wrongful...», p. 352); y Alemania (ENGELHARDT, *op. cit.*, p. 544; HARRER, *op. cit.*, p. 270; LILIE, *op. cit.*, p. 196 y OSTHEIDE, *op. cit.*, pp. 179-180). En el sistema italiano, no sólo se niega tal deber, sino que, como destaca FERRANDO (*Libertà...*, p. 227), precisamente se afirma el deber del profesional de salvar al niño no nacido, incluso aunque presente patologías (artículo 7 de la ley 194 de 1978).

En ocasiones, no obstante, el rechazo de este deber se fundamenta inadecuadamente en la ilicitud del comportamiento que se exigiría al profesional sanitario (ver en sentido similar DOMINGO, *op. cit.*, pp. 218-219). Sin embargo, como indica MERKEL, este argumento choca con el reconocimiento del aborto («eine Rechtsordnung, die Verträge über Schwangerschaftsabbrüche zulässt, akzeptiert damit privatautonom statuierte Rechtspflichten zur Tötung»), por lo que pone en duda la negación de estos deberes (*op. cit.*, p. 183).

Como excepción, WEIR afirma la existencia de un deber de matar al niño, que extrae por coherencia con la promulgación de tal deber frente a la madre («Wrongful life...», p. 227).

²⁶⁶ . Según las polémicas SSTC 120/1990, de 27 de junio, 137/1990, de 19 de julio y 11/1991, de 17 de enero (alimentación forzosa en el caso de huelga de hambre mantenida por reclusos), una cosa es que la ley no prohíba poner fin a la propia vida y otra es que se pueda movilizar el apoyo del poder público o de los particulares para morir. De hecho, en el Código Penal aparece como delito tanto la cooperación al suicidio, como la eutanasia activa (artículo 143 Cp).

²⁶⁷ . BUSNELLI (*op. cit.*, p. 217). Según MATHIEU (*op. cit.*, p. 384), se le reconoce también al embrión el respeto de su dignidad, no porque sea una persona, sino como persona potencial. Además, no hay que olvidar que en nuestro Ordenamiento el derecho recogido en el artículo 15 CE tiene un rango superior (como derecho fundamentalísimo) que prima sobre el principio general del artículo 10 del mismo texto constitucional.

3. Para evitar las connotaciones negativas que el propio enunciado de este derecho contiene (como negación de la vida), se ha tratado también de enunciarlo en positivo, como «derecho a nacer sano»²⁶⁸. Con tal enunciado se pretende el encaje dentro del artículo 15 CE, sobre una argumentación con ciertos tintes eugenésicos: existe un derecho a la vida, pero sólo a la vida sana y en condiciones de salud.

Sin embargo, tal enunciado no sólo remite a un derecho cuya materialización práctica es difícil de lograr²⁶⁹, sino que es también contrario al citado precepto constitucional, que precisamente promulga el derecho a la vida sin ningún tipo de condicionamiento o distinción entre diferentes tipos de vida. Aunque el derecho a una vida sana ciertamente se incluye en el artículo 15 CE, no se constituye como su contenido exclusivo. Lo contrario supondría una relativización y jerarquización de distintos tipos de vidas, considerando la supremacía de unas frente a otras, que no se admite en nuestro Derecho²⁷⁰.

4. La conclusión de todo esto es que resulta difícil identificar un daño sobre la existencia de un supuesto «derecho a no nacer» o un «derecho a nacer sano», pues tal derecho es difícil de construir en nuestro Ordenamiento.

Para el reconocimiento de este derecho sería precisa una reforma legal e incluso constitucional que no es previsible ni a corto ni a largo plazo, dado que en la conciencia social parece estar profundamente asentado el valor de la vida y el respeto a cualquiera de

²⁶⁸ . Esta formulación positiva se encuentra en el caso *Park v. Chessin*, en el que se sostuvo que el incumplimiento del derecho de los padres de abortar es lesivo también para el derecho fundamental del niño a nacer como un ser humano completo y funcional («as a whole, functioning human being»). A partir de ahí, como coinciden en señalar DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Diagnósticos I...», p. 114) y TEFF (*op. cit.*, p. 424, nota 6), este argumento es uno de los manejados en Estados Unidos para el apoyo a la acción de *wrongful life*. De hecho, DEWITT ROGERS (*op. cit.*, pp. 716, 755, 757), lo considera el postulado esencial de toda acción de *wrongful life*, citando una serie de jurisprudencia que así lo afirma (nota 23).

En concreto, la idea ha sido también afirmada entre la doctrina con mayor frecuencia que la del «derecho a no nacer» (COLLINS, *op. cit.*, p. 706 y, con ciertos matices, REINHART, *op. cit.*, p. 1087 y STEINBOCK, *op. cit.*, p. 19). Interesa destacar, no obstante, la posición de una de nuestras autoras (EMALDI CIRIÓN, «La responsabilidad...», pp. 1606-1607; *El consejo...*, pp. 245-249), que afirma como posibilidad emergente la existencia de «un derecho del niño a nacer libre de daños causados por la negligencia de terceros». Junto a ella, MARTÍNEZ-CALCERRADA («Problemática...», p. 4), sostiene de forma críptica en su contexto: «En nuestro sistema deberíamos de alegar que hay un derecho a la salud que implica el derecho a la integridad física y psíquica del nuevo ser desde que es embrión, que podría impedir respuestas judiciales en este sentido».

²⁶⁹ . Concretamente, pone de relieve AYNÈS (*op. cit.*, p. 495) cómo tal derecho se enfrenta al obstáculo de que queda fuera de la capacidad humana hacerlo posible, dado el estado actual de la ciencia médica.

²⁷⁰ . OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 186) critica de hecho en este sentido las teorías de Deutsch, puesto que señala que el reconocimiento de un derecho personal a la «no existencia» pone en relación la vida del discapacitado frente a la vida del hombre sano; relativización que es contraria a los valores constitucionales. En igual sentido, SAINTE-ROSE (*op. cit.*, pp. 318-319) señala la discriminación implícita en estos postulados y niega el derecho a no nacer discapacitado, pues conlleva una especie de aceptación de la vida a beneficio de inventario.

sus formas. Se trata, de nuevo, de una idea de cierto mérito que se enfrenta a obstáculos insuperables desde un punto de vista práctico, lo que aconseja su rechazo.

3.1.2.2. Identificación de otros posibles daños independientes respecto de la vida

Más allá de los argumentos barajados por doctrina y jurisprudencia, se ha de ver si es posible identificar un daño al margen de la propia vida del niño, como daño por el que éste pueda reclamar –o, más bien, por el que se reclame en su nombre– en las acciones de *wrongful life*. Dado que el supuesto de hecho que conduce a las acciones de *wrongful life* coincide con el de las acciones de *wrongful birth*, se trata de ver si es posible afirmar para el niño alguno de los daños que en materia de *wrongful birth* se consideraron como separados del hecho de la vida; en concreto, los argumentos sobre la privación del derecho a la información y el daño por pérdida de oportunidades.

3.1.2.2.1. Privación del derecho a la información

1. Es difícil de afirmar una privación del derecho a la información como daño frente al demandante de las acciones de *wrongful life*, no sólo por la objeción general ya analizada sobre la dificultad de considerar esta lesión en sí misma como daño, sino, de nuevo, por un problema de titularidad. No se trata en esta ocasión tanto de que el *nasciturus* o el *concepturus* puedan o no ser titulares de derechos, como de si el sentido de este derecho y su finalidad requiere o no que su titular sea una persona, en el sentido jurídico del término.

2. Como ya se indicó, el artículo 5.1 de la Ley 41/2002 atribuye este derecho a los «pacientes», concepto que se remite por el artículo 3 a la persona que recibe la atención sanitaria. A partir de ahí, si el término «persona» que contiene esta definición se acepta en su sentido jurídico –como es propio de una norma jurídica–, parece que el *nasciturus* y el *concepturus* quedan excluidos de la titularidad del derecho de información.

Esto choca, sin embargo, con el hecho de que, desde un punto de vista médico, el *nasciturus* y el *concepturus* pueden ser «pacientes» (el primero, al menos, sin ninguna duda, el segundo, en cambio, con muchos reparos)²⁷¹. Los actos médicos pueden desarrollarse

²⁷¹ . La posición del embrión o feto como paciente es afirmada desde un punto de vista médico tanto por nuestros autores (ROMEO CASABONA, «Aspectos...», p. 163 o USANDIZAGA BEGUIRISTÁIN, *op. cit.*, p. 585), como por autores de otros países (por Estados Unidos, DICKENS, *op. cit.*, p. 81; FURROW (*et al.*), *op. cit.*, pp.

sobre los *nascituri* —v. gr., cirugía prenatal o práctica de pruebas prenatales—, o en consideración a ellos —v. gr., atención a una mujer embarazada, que ha de considerar igualmente el posible daño al embrión o feto—. Ahora bien, si bien tales afirmaciones demuestran que la personalidad jurídica no es requisito para la prestación de atención sanitaria, esto no significa necesariamente que tenga sentido plantearse la titularidad del derecho a la información respecto de un no nacido²⁷².

Por un lado, no está claro que el *nasciturus* o el *concepturus* sean titulares de los derechos e intereses de los que emana el derecho a la información, ya que el Tribunal Constitucional negó expresamente que el *nasciturus* fuera titular del derecho a la vida (luego, con mayor razón, respecto de los demás derechos)²⁷³. Únicamente se considera como un bien jurídico que debe protegerse en el Ordenamiento, presupuesto a partir del cual puede ponerse en duda que el derecho a la información cumpla algún papel²⁷⁴.

914 y 946 y GANTZ, *op. cit.*, p. 805; por Francia, FINEL, *op. cit.*, p. 223). El profesional tiene que atender a dos pacientes: madre e hijo.

Por lo que respecta a los *concepturi* no suele recoger la doctrina semejantes afirmaciones, pues, de hecho, su posición como receptor de la atención sanitaria es dudosa. Únicamente si se considera que la actuación médica sobre un sujeto en consideración a su descendencia futura convierte a tal hipotética descendencia en receptora de la asistencia, podrá afirmarse esta condición de «paciente». El caso típico es el del diagnóstico preconcepcivo, que se lleva a cabo pensando en los riesgos que pueden amenazar a tal futura descendencia.

²⁷² . Al respecto, la Ley 41/2002 no se pronuncia, pues en todo momento parece estar pensando en personas, tanto en la regulación de la titularidad originaria del derecho, como de su titularidad derivada. Del mismo modo, los autores que estudian esta norma, como ROMEO MALANDA («Parte II...», p. 1), no se plantean la posibilidad. De hecho, el autor citado parece rechazarla implícitamente, al interpretar la previsión del artículo 9.3.a) —personas incapaces de hecho—, como: «aquellos sujetos que padecen una enfermedad que les produce una disminución de su capacidad intelectual, personas que sufren un trastorno mental transitorio, o personas de edad avanzada cuya capacidad de comprensión se ha visto disminuida»; y dentro de la previsión del 9.3.b) únicamente a menores e incapacitados. Por tanto, el *nasciturus* no dispondría ni de la titularidad originaria ni de la derivada, pues en ninguno de los casos se contempla su situación.

Hay que aclarar que la situación no era distinta conforme al derogado artículo 10.5 LGS. Si bien el enunciado del artículo 10 se refería como sujeto titular de este derecho a «todos», la redacción del apartado 5 parecía dirigida más bien a seres con personalidad, puesto que predicaba el derecho de información respecto del propio paciente («a él y a sus familiares o allegados»).

²⁷³ . La negación de la titularidad del derecho a la vida del *nasciturus* se contempla en la ya mencionada STC 53/1985, de 11 de abril [FJ 7], así como en las SSTC 212/1996, en recurso de inconstitucionalidad contra la ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos [FJ 3] y 116/1999, de 17 de junio, en recurso contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Reproducción Humana asistida [FJ 5]), lo que hace dudar de la titularidad de otros derechos.

²⁷⁴ . La caracterización como bien jurídicamente protegido (que únicamente se proclama del *nasciturus*, por lo que nada resuelve respecto del *concepturus*) impide, sin lugar a dudas, ataques directos a los *nascituri* (artículos 157 y 158 Cp), pero no se ve en qué medida se puede reconocer un derecho a la información cuando no existe una voluntad de autodeterminación que salvaguardar.

Podría afirmarse que el *nasciturus* queda englobado dentro del principio recogido en el artículo 10.1 CE sobre la dignidad de la persona, ya que reconoce a ésta en general como ser humano (reconocimiento que debería predicarse incluso respecto del *concepturus*, como proyecto de ser humano). Sin embargo, una cosa es

Por otro lado, tampoco está claro que en estos casos cumpla el mencionado derecho la finalidad en cuya consideración se proclama. De hecho, dado que la finalidad de este derecho es ofrecer a la persona una base a partir de la cual pueda prestar su consentimiento a una intervención médica, así como la posibilidad de autodeterminar su comportamiento respecto de su vida, su integridad física y su salud, la atribución de un derecho a la información a un ser no nacido, carente de vida independiente y de voluntad, parece que no responde a los fines respecto de los cuales se establece generalmente tal derecho²⁷⁵.

3. Ahora bien, al establecer el artículo 5.1 de la Ley 41/2002 que «también serán informadas las personas vinculadas a él [el paciente], por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita», se podría tratar de argumentar que el deber de información que pesa sobre los profesionales sanitarios cumpliría su finalidad en relación a los no nacidos si la información se comunicase a sus progenitores, con lo que se realizaría al mismo tiempo el derecho a la información de éstos y un interés del *nasciturus* o del *concepturus*²⁷⁶. Así, se trataría de argumentar que lo lesionado en este caso no es un derecho a la información, sino el interés del futuro ser a que sean informados sus progenitores sobre su estado de salud.

Éste, de hecho, ha sido un argumento frecuentemente alegado por la doctrina extranjera, donde se considera que el profesional sanitario está obligado frente al niño a comunicar a sus progenitores la información pertinente para que sean ellos los que decidan al respecto, ante la imposibilidad del *nasciturus* o del *concepturus* de autodeterminar su voluntad²⁷⁷. Por ello, el interés del niño resultaría directamente perjudicado cuando el falso

que se pueda reconocer una protección de la dignidad de la persona en estos casos y otra derivar de ello los derechos que puedan ir aparejados, cuando tales derechos pierden parte de su sentido en el caso concreto.

²⁷⁵ . MARTÍNEZ-CALCERRADA («Problemática...», p. 2), de hecho, considera que produce un «eco cultural excesivo» y que es en cierto modo «perturbador» caracterizar al *nasciturus* como paciente, puesto que el paciente «sufre y padece» y, en el caso del no nacido, tal sensación no se puede experimentar. En Estados Unidos, BERENSON (*op. cit.*, p. 909) afirma con rotundidad: «the child has no basis upon which to allege an absence of information». De ahí que sostenga este autor que la teoría de la privación de información sólo valga para la demanda de los padres. En cambio, hay que recoger también que WEBER (*op. cit.*, p. 31) reconoce una lesión del deber de información que se extiende al embrión, que se ha de proteger junto a la mujer.

²⁷⁶ . La situación, por tanto, se equipararía en cierto modo a la de los sujetos que se encuentran imposibilitados de recibir esta información «por carecer de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico» (artículo 5.3). Se trataría de la «titularidad derivada», en términos de ABEL LLUCH (*op. cit.*, p. 2).

²⁷⁷ . En concreto, la doctrina anglosajona emplea esta idea como vía para eludir uno de los argumentos anteriormente mencionados en contra de la identificación de un deber del profesional frente al niño de impedir su nacimiento (o de aconsejar el aborto, como afirma el Juez Acner en el caso *McKay v. Essex AHA*). Se puntualiza, en concreto, que el contenido del deber del profesional frente al niño consiste en informar a los progenitores de los riesgos asociados al nacimiento, para que ellos decidan (contenido que satisface plenamente el

negativo privara a los progenitores de la información que permitiría una decisión libre, interés cuya lesión podría considerarse como daño.

No obstante, esta argumentación lleva a forzar demasiado una norma que, claramente, no está pensando en la situación de los no nacidos, sino en la de los menores, los incapaces y las personas incapaces de entender²⁷⁸. Además, no queda claro si con este giro en el razonamiento se cubre realmente la finalidad perseguida por el derecho a la información. La decisión por parte de los progenitores difícilmente puede satisfacer la libre autodeterminación del *nasciturus* o del *concepturus*, pues, por definición, tal determinación la realiza un sujeto distinto.

Junto a ello, este razonamiento trae de nuevo –aunque de forma indirecta–, el problema que deriva del contenido de tal información y los efectos que pueda tener de cara a la terminación de la vida del *nasciturus* o la no concepción. Aunque no se duda de que la decisión de los progenitores en materia de salud del no nacido pueda contemplar el interés del mismo y supla de esa forma la imposibilidad material de que sea éste el que decida (de modo similar a lo que ocurre con los menores), la posibilidad de conflicto de intereses con respecto de los progenitores –junto al hecho de que en fase previa al nacimiento el Ordenamiento haya reconocido un mayor valor a los intereses de éstos últimos– arroja una duda:

interés del niño, según KELLY, *op. cit.*, pp. 533-535 y nota 126 o SHAPIRA, *op. cit.*, p. 370). En palabras de JACKSON («Action...», pp. 554-555 y «Wrongful...», pp. 352-354), «the physician owes the child a duty of care, through that child's mother, to provide nonnegligent genetic information» (ver en el mismo sentido, como doctrina dominante, KENNEDY y GRUBB, *Medical...*, p. 1547; así como DICKENS, *op. cit.*, p. 94; KEASLER FOUTZ, *op. cit.*, pp. 488 y 490; KELLY, *op. cit.*, p. 508 nota 13). Entre la jurisprudencia, hacen referencia a este deber los casos *Berman v. Allan* o *Turpin v. Sortini*, en Estados Unidos; y el caso *McKay v. Essex AHA*, en Gran Bretaña. Por otra parte, también entre la doctrina alemana se recoge esta idea, por ejemplo, por REINHART (*op. cit.*, p. 1085).

²⁷⁸. La configuración del derecho de información como «derivado» en el caso del *nasciturus* o *concepturus* no casa bien con lo dispuesto por la norma, que prevé este segundo grado de titularidad subordinado al primero (la titularidad originaria del paciente) o como un complemento de éste. Según ABEL LLUCH (*op. cit.*, p. 2), la titularidad derivada se caracteriza por ser delegada (debe ser autorizada por el paciente), complementaria (no exonera al médico del deber de información al paciente) y compartida (cotitularidad con el paciente).

Tales rasgos muestran cómo este tipo de titularidad no se puede predicar del caso del niño no nacido, pues ni puede autorizar ni se le puede transmitir la información. Respecto de lo primero, para resolver la posible duda que pudiera surgir, hay que señalar que, según el autor citado (p. 4) una autorización tácita se constata a partir de las particularidades del caso y las circunstancias concretas. Si bien cita como ejemplo de éstas el acompañar al paciente a las consultas médicas, tal ejemplo no se puede entender aplicado al caso de la embarazada –pese a que tal compañía exista *de facto*–, pues el hecho de que concurren juntos a la consulta la embarazada y el *nasciturus* no se debe a la voluntad de este último (que manifieste con ello su consentimiento «tácito»), sino a la propia naturaleza del proceso de gestación. En los casos aquí planteados, por tanto, más que un consentimiento tácito se podría hablar de un consentimiento «presunto», al que no se refiere la Ley.

que el interés del *nasciturus* o del *concepturus* sea el interés protegido en este caso²⁷⁹. De hecho, parece más bien que la información que reciben los progenitores se dirige principalmente a su interés, pues es el que prima en caso de conflicto. Por tanto, en último lugar cumple una única función en su propio interés (en vez de, como se pretendía, la realización al mismo tiempo del interés del no nacido a la misma información).

4. Rechazada la existencia de un derecho del niño a la información, así como la protección de un interés de éste a la información en fase preconceptiva o prenatal, cabría plantearse, ya para acabar, si esta lesión podría producirse de forma indirecta o de rebote a partir del daño a los progenitores por la lesión a éstos del derecho de información del que son titulares y del daño subsiguiente.

La idea es ciertamente sugestiva, puesto que responde a la situación real planteada en estos casos: los daños reclamados por el niño surgen del hecho de que sus padres no pudieran decidir, y en ese sentido es perjudicado indirectamente por la lesión que sufren otros²⁸⁰. Sin embargo, ya se dijo anteriormente que, por el momento, únicamente se acepta la identificación de un daño de rebote a partir de la muerte o lesiones a la víctima directa. Aunque la posibilidad aquí planteada sea atractiva, no responde a la situación actual de la cuestión en nuestro Ordenamiento. Quede, no obstante, apuntada, por si en el futuro se produjera un cambio dirigido a una mayor apertura de este tipo de daños.

3.1.2.2.2. Pérdida de oportunidades

²⁷⁹ . La doctrina que estudia este tipo de argumentaciones, de hecho, se encuentra dividida. Por un lado, algunos autores admiten que el interés contemplado en la decisión en cuestión es el de la madre o el de los progenitores, aunque tal opción es considerada preferible a que sea el profesional sanitario el que decida por el niño (así, por ejemplo, KELLY sostiene, con cita de Capron: «the law currently places the responsibility for these decisions upon the parents, not the genetic counsellor. The counsellor's role is to facilitate parental decision-making by providing parents with accurate information», *op. cit.*, p. 535).

Por otro, se encuentran los que consideran que los progenitores actúan aquí en representación del interés del niño (por ejemplo, JACKSON, «Action...», pp. 554-555 y «Wrongful...», pp. 352-354); como sus agentes (BREGANTE, *op. cit.*, p. 200) o como subrogados del mismo (SHAPIRA, *op. cit.*, p. 370).

²⁸⁰ . Tal teoría ha sido estudiada principalmente en el derecho extranjero, pues entre nuestros autores únicamente la menciona VICENTE DOMINGO («El daño...», p. 253), que no propone ninguna solución («el hijo, nacido con taras ¿podría ser perjudicado de rebote y exigir también responsabilidades? ¿a quién?»).

La idea, en cambio, sí se encuentra en FURROW (*et al.*), cuando admite que parte del daño reclamado en una demanda de *wrongful life* se debe a «the damages sustained by the child as a result of the adverse effect the child's disability has upon her parents and her family» (*op. cit.*, p. 920); y, quizá con mayor claridad, en KEASLER FOUTZ (*op. cit.*, pp. 490-491), cuando, sobre el Restatement (Second) of Tort § 311 (1971) —que prevé la responsabilidad por los daños ocasionados a un tercero por una falsa información, si el daño deriva de la actuación del que recibe la información y el peligro para el tercero era previsible—, afirma: «although the duty to inform is owed to the parents, it is the child who suffers the consequences of the breach».

1. A la hora de plantearse la posibilidad de aplicar la teoría de la *perte de la chance* al supuesto de las acciones de *wrongful life* dos son los posibles enfoques bajo los que se puede estudiar. El primero de ellos consiste en plantearse si el niño perdió la oportunidad de recibir un diagnóstico correcto. El segundo, enfocado ya directamente a la situación del niño, consiste en plantearse si perdió la oportunidad de no nacer²⁸¹.

2. Por lo que respecta al primer enfoque, la identificación de este daño falla desde su mismo presupuesto. Efectivamente, para hablar de una pérdida de oportunidades respecto del diagnóstico correcto debería poder afirmarse —como ya se estudió— que el *nasciturus* o el *concepturus* se encontraban previamente al comportamiento dañoso en una situación idónea respecto de la oportunidad que se dice haber perdido. Por ello, sería necesario poder afirmar que estos sujetos eran los que debían recibir el diagnóstico en cuestión. Sin embargo, la realidad es diferente: los titulares de la supuesta opción de obtener un diagnóstico correcto son los progenitores, como sujetos de la prestación médica de diagnóstico.

De todas formas, aunque el *nasciturus* o el *concepturus* pudieran llegar a ser considerados también como sujetos de la prestación (desde la perspectiva médica anteriormente referida que permite calificarles de «pacientes», y al margen de una relación contractual que, como ya se indicó, resulta extremadamente complicada de afirmar en relación a un ser no nacido), con ello no quedaría resuelto el problema de la aplicación al supuesto de hecho del que aquí se parte de la teoría de la *perte de la chance*. De hecho, la dificultad residiría en calificar la privación de la oportunidad de obtener un diagnóstico correcto por el *nasciturus* o por el *concepturus* como una ganancia perdida o, en general, un «beneficio»; obstáculo que conlleva una cuestión ya anteriormente apuntada, como es la relativa al efecto beneficioso de un diagnóstico cuyas consecuencias pueden llevar a la terminación de la vida del embrión o feto, o a su no concepción. Tal idea siembra la duda respecto del propio presupuesto de esta teoría, que requiere que la víctima de la *perte de la chance* se hubiera visto privada de la posibilidad de obtener un evento favorable para ella.

3. Por lo que respecta a la aplicación de la teoría de la *perte de la chance* a la oportunidad de no nacer, hay que señalar que esta posibilidad ha sido elaborada por algunos

²⁸¹ . Pese a que algunos autores así lo pretenden (THOUVENIN, *op. cit.*, p. 413), debe rechazarse la posibilidad de identificar la oportunidad perdida en eventos tales como haber nacido sano o la de haber llevado una vida normal, puesto que no se trata de oportunidades en el contexto en que surgen las acciones de *wrongful life*,

autores como vía a través de la cual identificar el daño reclamado en las acciones de responsabilidad por *wrongful life*²⁸².

De hecho, la aplicación de esa teoría a estos casos no se enfrenta al obstáculo principal que llevó a su negación en materia de *wrongful birth*: la oportunidad a la que aquí se hace referencia es una verdadera oportunidad, que depende de factores ajenos a la víctima del daño, y no una opción que depende de la voluntad del sujeto que reclama por su privación. Efectivamente, de no haber concurrido el comportamiento del profesional sanitario, la producción o no del nacimiento ciertamente habría dependido de la voluntad de la mujer o de ambos progenitores en la adopción de la decisión relativa al aborto o la concepción; pero esta decisión, respecto del niño que reclama, es completamente indeterminada y ajena a su voluntad, por lo que sí ha de considerarse como verdadera oportunidad²⁸³.

Pese a ello, existen dudas respecto de la concurrencia del resto de los elementos de la teoría de la *perte de la chance*. En concreto, el problema se encuentra en el obstáculo ya mencionado sobre la calificación del hecho de no nacer como un beneficio esperado o una pérdida que se buscaba evitar²⁸⁴. Por un lado, la calificación del hecho de no haber podido evitar nacer como beneficio es contraria a la idea general de la idea de ventaja o ganancia (sobre todo si se manejan los valores generales del Ordenamiento respecto del bien vida). Por otro lado, aunque ciertamente el no nacer evita los gastos y daños morales aparejados a

sino que son más propias de los supuestos de lesiones prenatales. No hay que olvidar que la esencia de las acciones que aquí estudiamos radica, precisamente, en que se trataba de enfermedades incurables.

²⁸² En este sentido, MARTÍN CASALS (*op. cit.*, pp. 201-202), tras rechazar la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidades de cara a las acciones de *wrongful birth*, insinúa que quizá tendría mayor éxito la aplicación de tal doctrina a los casos de *wrongful life*. Como ilustración de esta posibilidad, cita en concreto la sentencia francesa del caso Perruche en la instancia civil (26 marzo 1996), en la que se estimó la pérdida de la oportunidad del niño de «no vivir» (a la que debe añadirse la de 16 de julio de 1991).

Y es que, de hecho, en el derecho francés son varios los autores que acuden a este argumento como vía de afirmación del daño reclamado por el niño. Por citar algunos de ellos, hay que mencionar a JOURDAIN («Le préjudice...», p. 624; «Réflexions...», p. 337, que afirma que el niño ha perdido la oportunidad de que sus padres decidieran interrumpir el embarazo, evitando su nacimiento) y a LE TOURNEAU y CADIET (*op. cit.*, p. 327, que plantean éste como el único daño que puede reclamar el niño).

Sin embargo, no todos los autores se muestran de acuerdo con esta identificación del daño pues, como subraya MÉMETEAU (*op. cit.*, p. 2278, que parece afirmar la existencia de la «perte de chance d'être avorté»), tal visión olvida el hecho de que el aborto en los sistemas de indicaciones no depende únicamente de la voluntad de la madre, sino que a ello se añaden otros requisitos.

²⁸³ En este sentido, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Sentencia...», p. 1115, 1120).

²⁸⁴ Como ya vimos anteriormente, la posibilidad de obtener un evento benéfico es una de las características de esta teoría de la *perte de la chance* (por todos, CHABAS, «Perte...», p. 133), de ahí que sea necesario identificar esta oportunidad beneficiosa cuando se trata de aplicar este tipo de daños a la situación del niño.

ello, este giro tampoco acaba de resultar satisfactorio, pues a fin de cuentas la evitación de estos gastos o daños pasa igualmente por la muerte del niño.

Éste es, de hecho, el principal obstáculo a la aplicación de tal teoría, obstáculo de importancia suficiente como para afirmar que este intento de identificar el daño en un evento distinto al de la vida no sea satisfactorio, al igual que los anteriores²⁸⁵.

3.1.3. La falta de legitimación del niño para reclamar cualquier daño

1. La objeción de cierre a la identificación de un daño en el caso de las acciones de *wrongful life* trasciende a la cuestión de qué es lo que se reclama y se centra en el hecho de que, en cualquier caso, el niño no ostenta la legitimación activa para reclamar por ningún daño cuyo origen se encuentre en un evento anterior a su nacimiento²⁸⁶. Dado que en el momento en el que se produce la actuación negligente del profesional sanitario el demandante carecía de personalidad, se niega que pueda reclamar por el daño que deriva del falso negativo. En concreto, se argumenta, por un lado, que no pudo experimentar daño alguno como consecuencia de la actuación negligente o del evento imputable al profesional (afirmación especialmente importante cuando se parte de un falso negativo en fase preconceptiva o preimplantatoria, cuando el niño ni siquiera había sido concebido)²⁸⁷; y, por otro lado, que no era titular de ningún derecho que pudiera verse lesionado por el falso diagnóstico.

2. Antes de continuar, hay que referirse brevemente a que en el derecho anglosajón este problema se analiza desde la perspectiva del responsable, a través del requisito del *duty of care*. En concreto, se pone en cuestión que el profesional sanitario tenga un deber de cuidado frente a un ser no nacido²⁸⁸, así como que pudiera prever que, conforme a un curso normal de los acontecimientos, el niño no nacido se viera afectado por sus acciones²⁸⁹.

²⁸⁵ . De hecho, se oponen expresamente a la aplicación de esta teoría al caso del niño TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE (*op. cit.*, p. 634), que citan en su apoyo sentencias de la jurisprudencia menor.

²⁸⁶ . OSTHEIDE (*op. cit.*, pp. 177-178) señala que, puesto que en estos casos el comportamiento que desencadena —en su caso— la obligación de responder se produce antes del nacimiento y, consiguientemente, del comienzo de la personalidad, ha de aclararse en primer lugar si el niño está legitimado activamente. Este mismo problema es puesto de relieve entre la doctrina alemana por varios autores, aunque se acepta en general la legitimación activa del niño. Entre otros, FISCHER (*op. cit.*, p. 438) y HARRER (*op. cit.*, p. 271).

²⁸⁷ . Como declara ZANNONI (*El daño...*, p. 25), «sin damnificado no hay daño».

²⁸⁸ . En este sentido, TEDESCHI (*op. cit.*, p. 524-525). Como variante, critican BOPP, BOSTROM y MCKINNEY (*op. cit.*, pp. 483-484) la idea de un deber de cuidado del profesional frente al no nacido que se ponga en relación con el aborto: «if the fetus is a person, to which a physician owes a duty to avoid negligent injury, then the physician would also owe a duty to that person not to inflict intentional harm, such as through abortion. The only logically consistent theory by which abortion would not be the killing of the person in utero would

Ahora bien, desde este punto de vista, el problema que aquí se plantea no es muy distinto del que se suscita en los casos de lesiones prenatales, donde –venciendo obstáculos similares²⁹⁰– se ha aceptado la legitimación activa del niño para reclamar responsabilidad (al igual que debería hacerse en este caso por analogía)²⁹¹. Por ello, una negativa en este caso concreto sobre el requisito del *duty of care* lo único que demostraría sería la intromisión en la argumentación jurídica de los propios ideales del jurista²⁹².

3. En todo caso, este tipo de objeciones no han permanecido incontestadas. Aunque es cierto que en nuestro sistema el problema se plantea –en cierto modo– con menor virulencia, desde el momento en que se contempla de forma específica en diversas normas (por ejemplo, artículos 29 Cc y 6.1.2º y 7.3 LECiv 1/2000) la protección del *nasciturus*, este tipo de argumentación ha sido criticada desde diversos razonamientos:

- Por un lado, PANTALEÓN PRIETO califica este argumento de puramente conceptual. Únicamente si se parte de que el daño requiere como presupuesto la lesión de un derecho subjetivo se puede afirmar que en estos casos no hay daño o damnificado. Pero, como ya se ha repetido anteriormente, este modelo de responsabilidad no se corresponde al nuestro.

be through the adoption of a second-class type of personhood, where that life may be extinguished by the choice and permission of the parent, but otherwise, is protected from negligent doctors and other potential tortfeasors by a duty to avoid prenatal injuries».

²⁸⁹. Tal objeción parte del requisito de que el sujeto frente al que se manifiesta el deber sea «foreseeable» (requisito que proviene del caso *Donoghue v. Stevenson*, en que se declaró que se ostenta un deber frente a las personas cercanas cuyo posible daño se pueda haber contemplado razonablemente). La existencia de un deber se constata cuando es previsible para el obligado y no es contrario al orden público (COHEN, *op. cit.*, p. 219); pero tal previsibilidad parece fallar frente a un ser inexistente en el momento del comportamiento dañoso.

²⁹⁰. Según GALLAGHER (*op. cit.*, p. 1319 nota 1), la inexistencia de un sujeto no ha impedido en ocasiones proclamar la existencia de un deber de cuidado. En concreto, el elemento de la previsibilidad de la figura del dañado actualmente se interpreta (según DICKENS, *op. cit.*, p. 93 o ROGERS, *op. cit.*, p. 115) como una remisión a cualquier individuo que pertenezca a la clase de personas que se encontraban en el ámbito previsible del riesgo, o bien «one of a class within the area of foreseeable injury» (igualmente en el caso australiano *Watt v. Rama*).

De hecho esta previsibilidad ha sido afirmada para las acciones aquí planteadas por CAPRON (*op. cit.*, p. 633) o TEDESCHI (*op. cit.*, p. 520-523). Igualmente, considera JACKSON («Action...», p. 551 y «Wrongful...», p. 351) que la relación de proximidad del profesional sanitario con el futuro descendiente por razón de la prestación desarrollada convierte en previsible el daño (idea que secunda GALLAGHER respecto del consejero genético, *op. cit.*, p. 1320 nota 1).

²⁹¹. De hecho, son diversos los autores que han acudido a la doctrina general sobre lesiones prenatales para solventar la objeción que se plantea respecto de las acciones de *wrongful life*. Por citar algunos ejemplos, resuelven favorablemente este dilema COHEN (*op. cit.*, pp. 218-222), DEWITT ROGERS (*op. cit.*, pp. 730-731) o KEASLER FOUTZ (*op. cit.*, p. 489).

²⁹². En este sentido, opinan PETERS y PETERS (*op. cit.*, p. 364) que, en realidad, este tipo de dudas oponen un obstáculo artificial a estas demandas. De hecho, señalan que cuando la cuestión de si un profesional tiene o no un deber frente a la descendencia no nacida se plantea como único punto del debate, no se duda de una respuesta afirmativa. Es sólo en el contexto de las acciones de *wrongful life* donde vuelven tales objeciones.

Por lo tanto, si la actuación del sujeto provoca materialmente un daño en el ser concebido o por concebir o lesiona sus intereses protegidos, surgirá la responsabilidad²⁹³.

- Por otro lado, los elementos de la responsabilidad han de constatarse *a posteriori*, esto es, cuando, con el nacimiento, se completa el daño. En estos casos el agente no provoca un perjuicio inmediato con su acción, sino que éste surge posteriormente (el acto ilícito y el efecto dañoso se producen en distinto momento; el comportamiento es la causa del daño, no el daño mismo). Existe, pues, una separación temporal entre el acto dañoso y el daño: la actuación del profesional sanitario en el momento en el que el niño no ha nacido sienta las bases para un daño que se manifestaría una vez nacido éste²⁹⁴. De hecho, esta idea parece quedar corroborada por aquellos autores que sitúan el comienzo del cómputo del plazo de prescripción en el nacimiento y no en el falso negativo²⁹⁵.

²⁹³ . «Procreación...», pp. 264-265. Por otra parte, el argumento también se sostiene fuera de nuestras fronteras y proviene, en concreto, de uno de los primeros casos en que se afirmó la posible reclamación por daños prenatales. En concreto, según DOBBS (*op. cit.*, p. 781), deriva del caso *Bonbrest v. Kotz*, donde se afirmó que no se podía negar la indemnización por haberse producido el daño antes del nacimiento: en tanto que la víctima pueda probar los elementos de una demanda de daños, su falta de personalidad no es obstáculo.

²⁹⁴ . Este argumento parece apoyado por las palabras de PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», pp. 264-265), cuando establece: «son sin duda daños las consecuencias negativas, patrimoniales y no patrimoniales, que van a derivarse para el niño de las taras con que nació por culpa del médico. Consecuencias éstas que se producen y producirán cuando quien las sufre y sufrirá tiene ya personalidad jurídica y puede ser titular de pretensiones indemnizatorias». Como afirma TEDESCHI, las consecuencias del acto lesivo no se agotan en el momento en que se realiza el comportamiento en cuestión, sino que se mantienen hasta el nacimiento, momento a partir del cual se puede reclamar por tal daño (*op. cit.*, pp. 525-526). Tal afirmación la realiza este autor tras examinar la aplicación al caso de la teoría alemana del distanciamiento entre el comportamiento lesivo y el daño (*Distanzdelikt*), que estudia la responsabilidad respecto de actos cuyas consecuencias se producen en el futuro y que sostiene que lo importante no es cuándo se produce el hecho dañoso, sino cuándo se concreta el daño. Pone en duda que tal teoría sea aplicable a las acciones aquí analizadas, pero concluye como se ha indicado.

Se trata, por otra parte, de una argumentación similar a la que se emplea en relación a las lesiones prenatales. En tal materia, la doctrina afirma en general que lo relevante es que se produzca el nacimiento del niño, no el momento en que se manifestase el comportamiento lesivo (en este sentido, VON BAR, *Vol. I*, pp. 601-602 y *Vol. II*, p. 72 o FURROW (*et al.*), *op. cit.*, p. 915). Igualmente, por parte de la jurisprudencia, en el caso canadiense *Duval v. Seguin*, se declaró que en el momento en que se produjo el nacimiento del niño se cristalizó o completó el presupuesto de la responsabilidad por negligencia.

Por su parte, entre la doctrina alemana, OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 178) destaca que el hecho de que el *nasciturus* y el niño posteriormente nacido compartan la misma esencia basta para salvar el obstáculo que supone la falta de personalidad jurídica del *nasciturus* en el momento del comportamiento lesivo.

²⁹⁵ . En concreto, DE ÁNGEL YAGÜEZ («Diagnósticos II...», p. 155, nota 70 y p. 156) se muestra acorde con este criterio, al indicar que es la fecha del nacimiento la que da comienzo al plazo de prescripción.

Tales palabras, no obstante, han de ser matizadas, puesto que este plazo comenzará posteriormente cuando no se conozca del mal o defecto del niño hasta tiempo después. El nacimiento es el presupuesto de la acción de *wrongful life*, sin perjuicio de que el daño se manifieste posteriormente. Como recoge la doctrina y la jurisprudencia, el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil cuenta desde que la víctima tuvo conocimiento del daño (ver al respecto, entre otras, las SSTs de 21 de junio de 1985 y 8 de junio y 16 de diciembre de 1987; y entre la doctrina, BAÑEGUIL ESPINOSA y SALVADOR CRESPO, *op. cit.*, p. 152; CASTILLO CALVIN, *op. cit.*, p. 2; GONZÁLEZ MORÁN, *op. cit.*, p. 151).

- Finalmente, como ya se ha apuntado, ha de tenerse en cuenta que el embrión o feto goza de protección jurídica en nuestro Ordenamiento, a partir de lo dispuesto en el artículo 29 Cc, por lo que se puede estimar que una lesión a sus intereses es un daño²⁹⁶. Pese a que este argumento únicamente justifica el rechazo de la teoría aquí expuesta para los supuestos de diagnóstico prenatal erróneo (pues no existe un pronunciamiento expreso en el mismo sentido respecto de los *concepturi*), ello no significa que éstos no hayan sido tenidos en cuenta en este ámbito, pues también se les aplica la doctrina de las lesiones prenatales²⁹⁷.

4. El resultado parece ser que no hay motivo para negar la legitimación activa respecto del daño cuyo origen es anterior al nacimiento del niño. Como veremos en su momento, el problema, en todo caso, será constatar una relación de causalidad entre el comportamiento producido en la fase preconceptiva o prenatal y el daño posterior.

3.2. Planteamiento de las dudas sobre el principio general de negación del daño en el hecho de la vida y de los argumentos contrarios al mismo

1. Los intentos de separar el daño reclamado en estas acciones del hecho de la propia vida discapacitada –aunque de cierto mérito– no resultan satisfactorios, como se acaba de ver. Por ello, parece que el problema vuelve a su punto de partida: la caracterización de la vida del niño como daño.

A partir de aquí se abre una doble opción: o bien se niega la identificación de un daño resarcible en el hecho de la vida, sobre las argumentaciones enunciadas en primer lugar, y se postula que la adecuada toma en consideración de los intereses del niño se ha de realizar por otras vías (como ya vimos que alegaban algunos), o bien se trata de atacar esos argumentos y el motivo de la negación, a fin de tratar de ver si realmente la moral o los valores sociales excluyen la apreciación de un daño como el que reclama el niño afectado en el

²⁹⁶ . Junto a la previsión general del artículo 29 Cc, como ya se ha señalado, recientemente el artículo 6.2 LECiv 1/2000 declara la capacidad del *nasciturus* para ser parte en el proceso. Tal capacidad es interpretada por LACRUZ BERDEJO, *et al.* (*Elementos I-2...*, pp. 19-20) como restringida a supuestos en los que se hagan valer derechos propios del concebido, citándose entre ellos en concreto las acciones de responsabilidad civil por daños al concebido (causación directa del daño), que ya admitía anteriormente DE CASTRO (*Derecho...*, p. 131). Esto demuestra que es posible la legitimación activa por eventos anteriores a la adquisición de la personalidad del *nasciturus*, lo que es relevante a los efectos aquí estudiados.

²⁹⁷ . Así lo afirman SEYMOUR (*op. cit.*, p. 58) y TEDESCHI (*op. cit.*, pp. 521-522), al igual que los casos *Renslow v. Mennonite hospital* y *Kosky v. The Trustees of the Sisters of Charity* (no obstante, en contra, *Albala v. City of New York*, *Enright v. Eli Lilly and Co*). Del mismo modo, en Alemania, la sentencia del BGH

contexto de una acción de *wrongful life*²⁹⁸. Este segundo es, de hecho, el camino que se va a seguir a continuación para, una vez analizado, descartar de forma definitiva el daño o, por el contrario, abrir la posibilidad de apreciarlo.

2. Para ello, hay que partir de una importante afirmación: el argumento de la vida como valor absoluto es en su mayor parte un argumento ideológico. Ciertamente, desde un punto de vista jurídico, la vida aparece como un bien supremo del Ordenamiento, pero frente a ella se admiten algunas excepciones a la pretendida absolutividad que se predica ideológicamente. A modo de ilustración, se constata cómo el derecho a la vida cede su carácter absoluto en los supuestos de legítima defensa, cómo se relativiza su titularidad ante un conflicto como el que plantea el aborto, o cómo no se protege contra los atentados por parte de su propio titular en el caso del suicidio. Todos estos ejemplos responden a opciones de política legislativa, algunas de ellas largamente asentadas —otras aún discutidas—, que demuestran que, jurídicamente, el derecho a la vida no es un bien jurídico absoluto.

Este punto de partida es ciertamente importante, pues demuestra que gran parte del rechazo del concepto de daño se basa en presupuestos morales o religiosos, más que jurídicos. El rechazo *a radice* de que el niño de las acciones de *wrongful life* pueda reclamar un daño por el hecho de haber nacido tiene, pues, una gran carga ideológica, como ya se había visto. Si se mira más allá de estas ideologías, opiniones y creencias —en la medida de lo posible—, se observará cómo existe realmente una posibilidad remota de establecer un daño en relación a la demanda de *wrongful life*.

3. A partir de aquí, la argumentación ha de dirigirse a tratar de desmontar o de poner en cuestión el argumento ideológico-jurídico que niega el concepto de daño resarcible en el perjuicio reclamado. Para ello se ofrecen tres caminos: el primero —ataque frontal al argumento—, consiste en afirmar que puede identificarse un daño moral por el hecho de vivir discapacitado; el segundo —solución intermedia—, consiste en relativizar el bien vida para estos casos, a fin de permitir su afirmación como posible daño resarcible; el tercero —el menos contrario a la opinión general—, consiste en afirmar el daño para el caso concreto. En

de 18 de enero de 1983 afirma que se ha reconocido la legitimación para reclamar el daño producido no sólo cuando el niño había sido concebido pero no había nacido, sino también cuando aún no había sido concebido.

²⁹⁸ . BUSNELLI (*op. cit.*, p. 220) indica una tercera vía, según él, sigue la jurisprudencia en ocasiones y que consiste en prescindir del daño a la hora de afirmar la responsabilidad. Aunque tal solución ciertamente acabaría con uno de los grandes problemas de las acciones de *wrongful life*, no es, sin embargo, la que responde a

estos tres casos se tratará de estudiar hasta qué punto estos razonamientos encuentran una base jurídica. Tal puntualización, como veremos a continuación, lleva a relativizar enormemente la fuerza de alguno de estos argumentos (en concreto, el primero y el tercero).

4. En todo caso, como ya se insinuó anteriormente, somos conscientes de que cualquier solución positiva a la que se llegue por cualquiera de estas vías va a encontrar una firme oposición, ya que a primera vista parece chocar frontalmente con principios básicos del Ordenamiento y ya que no responde a la idea tradicional de daño (si es que tal concepto tradicional existe). Aunque puede ser que, efectivamente, exista una posibilidad de negar el principio general de rechazo de estas acciones, difícilmente se podrá realizar tal labor de manera que no pueda ser discutida o negada. En tanto que no se pronuncie el legislador o el Tribunal Constitucional respecto de la posible calificación de la vida como daño de cara a estas acciones, la cuestión seguirá quedando abierta.

Se abre, pues, simplemente, un resquicio frente a la tradicional negación absoluta en la mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera. Aunque pretendemos mostrar que la contradicción no es tan fuerte como se piensa, nos conformaremos con sembrar la duda respecto de este tema.

5. Veamos, pues, una a una esas vías de discusión del principio general:

3.2.1. La vida discapacitada como fuente de daños

1. A través de esta línea de razonamiento se trata de alegar que el hecho de vivir discapacitado puede generar un daño en el vivo, daño que debe ser considerado como daño moral por afectar a un bien inmaterial sin contenido patrimonial *per se* o por repercutir sobre la esfera anímica del sujeto²⁹⁹.

El daño, de hecho, no radica en la vida discapacitada en sí, sino en el dolor o sufrimiento que surge del hecho de la discapacidad, del saberse enfermo o diferente. A partir de

nuestro sistema (ni tampoco, dicho sea de paso, al italiano), donde ya se dijo que el daño es el presupuesto de la responsabilidad civil (a diferencia de la penal), sin cuya presencia no se puede afirmar ésta.

²⁹⁹. Ya se vio anteriormente la variedad de ideas y formulaciones para definir qué se ha de entender por daño moral. Este mismo problema se plantea (pues está asociado a él) respecto de las características del daño moral que lo diferencian del patrimonial, donde tampoco existe acuerdo y donde se ha de traer de nuevo la polémica ya reflejada. En todo caso, lo cierto es que, sin perjuicio de que también otros daños puedan calificarse de morales, no se dudará generalmente de que deba ser calificado de daño moral el daño que afecte a bienes inmateriales (GARCÍA SERRANO, *op. cit.*, pp. 800-801 y 807) y que carezcan de consecuencias pecuniarias (VICENTE DOMINGO, *Daños corporales...*, p. 177).

ahí, aunque sea hilar muy fino en el concepto del daño resarcible, se trata de afirmar un perjuicio que no sólo no contradice el bien vida, sino que, además, responde al concepto amplio de daño moral empleado en la actualidad.

2. La caracterización de la vida como daño en el contexto de las acciones de *wrongful life* supone, según se dice, aceptar que en la comparación entre la situación actual del niño (la vida) y la que tendría de no haberse producido el comportamiento dañoso (la inexistencia), es peor la primera. A partir de ahí, la cuestión es si realmente puede aceptarse este resultado: si no existir puede ser mejor que existir³⁰⁰.

Examinar esta pregunta en términos absolutos, sin embargo, no lleva a ninguna parte. La afirmación o negación de que sea mejor existir en condiciones enfermas que no existir dependerá de la apreciación subjetiva del que se pronuncie al respecto, de su concepción de la vida y del valor que le otorgue a ésta³⁰¹. Difícilmente se puede alcanzar a través de esta vía un consenso, pues tantos argumentos pueden existir para afirmar que es mejor vivir que no hacerlo, como para afirmar que la vida sometida a ciertos males o defectos es a duras penas una bendición.

La teoría de la diferencia, como se dijo en su momento, falla; pero no sólo porque se trate de aplicar a un daño moral, para el cual no está pensada, sino porque no lleva, ni puede llevar, a ningún resultado concluyente. La alta subjetividad de los valores en comparación (como ocurre con todo daño moral) impide que se pueda aplicar esta teoría en los términos objetivos en que pretende estar formulada. Por ello, todo intento de afirmación del daño aquí planteado sobre la base de una comparación está abocado al fracaso³⁰².

³⁰⁰ . A esta decisión la denomina PACE (*op. cit.*, p. 147 nota 12) *Hobson choice*. Cuando se hace aquí referencia a la comparación entre ambos estados se hace en el sentido jurídico propio de la teoría de la diferencia, puesto que, aunque ya se vio cómo fallaba para el caso del daño moral, es el principio del que parte el argumento de rechazo de la afirmación del daño. Al margen de que un razonamiento en contra de esta opinión sea precisamente que el daño no se puede afirmar en estos casos conforme a una comparación, sino que ha de afirmarse en sí mismo (como a continuación veremos), ha de partirse de exponer la comparación tal y como se plantea para ver si también desde tal punto de partida se encuentra algún fallo al razonamiento.

³⁰¹ . En este sentido, PACE sostiene que se trata de una decisión subjetiva, no de un criterio general (*op. cit.*, p. 159). Igualmente, KELLEY (*op. cit.*, pp. 937-939) se opone a las argumentaciones que se apoyan en nociones objetivas de lo que preferiría el niño: «in the name of personal dignity we judge that another should not have been born; but that judgement itself is an affront to his dignity». En última instancia, declara el autor que se trata de un argumento contradictorio con el principio social fundamental del valor y protección de la vida. Por otra parte, como se destacó en el caso *Berman v. Allan*, todo el mundo sufre defectos o carencias mayores o menores, sin que por ello se considere toda vida menos preciosa que otra cuyos defectos son menores. Así, pues, incluso el concepto de lesión en estos casos es relativo.

³⁰² . Otros intentos de afirmar el daño a través de una comparación tampoco han tenido gran éxito. Por un lado, como señala CAPRON, para el niño el daño se establece por comparación con la vida normal que no ha

3. Por otra parte, si se enfoca esta cuestión a partir de la identificación de la vida como daño en sí mismo —daño moral por el hecho de vivir y no por comparación con otra situación hipotética³⁰³—, el resultado no es mucho más satisfactorio. Ciertamente, la inexistencia de una definición sobre tal concepto jurídico, junto con la amplitud de la mayor parte de los intentos de definición, permite englobar en el concepto de daño moral el daño reclamado por el niño por el hecho de vivir³⁰⁴. En cierto modo, esta cuestión depende de hasta qué punto se entienda este daño de forma amplia. Partiendo de que la admisión del daño

podido vivir («For this plaintiffs, the psychological suffering of longing and envy compounds the physical pain on the defects and deformities that forever separate them from other children», *op. cit.*, p. 655). Sin embargo, el hecho de que el niño nunca podría haber experimentado esa vida normal (pues su enfermedad era incurable), obstaculiza esta fijación del daño. Por ello, CAPRON acude a un segundo parámetro de fijación del daño: la inexistencia. Ésta, según él, no es más difícil de valorar que otras situaciones en las que se ha de fijar un parámetro hipotético de normalidad, en concreto, la de las lesiones (p. 658). Pero no se trata de que se pueda o no valorar, sino de que exista acuerdo en tal valoración, acuerdo que realmente no existe.

Frente a esto, hay quien acude a considerar que el daño se establece por la comparación con la situación que podría haber tenido el niño que hubiera nacido en lugar del que resultaba afectado. Por ejemplo, KELLY (*op. cit.*, pp. 556-559) acude a la ficción de que la indemnización se fija por comparación entre la crianza del niño sano que los padres esperaban y el coste de crianza de un niño enfermo, que no esperaban los padres. Sostiene el autor que si el nacimiento del niño enfermo no se hubiera producido, probablemente en un año los padres habrían concebido un nuevo niño, esta vez sano. Por ello, la indemnización busca reponerles a la situación que tendrían con tal niño, en comparación con la que tienen con el niño enfermo.

Sin embargo, este argumento es difícil de aceptar, pues requiere la presunción de que los progenitores hubieran optado por una concepción posterior a la fracasada, presunción meramente especulativa. Además, como señala CAPRON (*op. cit.*, p. 657), parte de la idea de que se pueden comparar ambas situaciones, pues la persona involucrada es la misma, lo que no es cierto. Estas críticas son asumidas por KELLY (*op. cit.*, p. 560), quien, sin embargo, resalta que no se trata de afirmar que el segundo niño fuera el mismo que el primero, sino que podía haber nacido un niño sano posteriormente y que la conducta del médico lo impide [es, pues, una especie de *perte de la chance* de tener un hijo sano]. A la vez, aunque esto lleva a indemnizar a un sujeto (el niño discapacitado) distinto de la víctima (el niño sano que no pudo nacer), se justifica sobre la base de que se trata de una ficción que busca indemnizar al niño que sufre por la conducta del profesional sanitario.

³⁰³ . En este sentido, BERENSON (*op. cit.*, p. 915) afirma el daño en sí mismo y no por comparación con el estado de la inexistencia; y NOVELLINO («Responsabilidad...», p. 265) señala que el hecho de nacer enfermo constituye un daño continuado, en tanto que acompaña a la persona durante toda su existencia, comprometiéndolo su manera de ser y afectando a sus fines vitales. A estos autores hay que añadir las elaboraciones doctrinales a las que ya se hizo referencia en relación a la oposición a la teoría de la diferencia.

³⁰⁴ . Conforme a las definiciones que en su momento se mencionaron de este tipo de daños, podemos comprobar cómo tal evento, en principio, podría encajar en cualquiera de ellas, interpretadas de forma amplia. Así, en primer lugar, se corresponde con cualquier definición negativa del daño moral, puesto que incide sobre intereses no patrimoniales (el bien vida no tiene un contenido patrimonial, aunque en ocasiones se valore), que no repercuten sobre el patrimonio de la persona y no son «reparables» en un sentido material a través del dinero. En segundo lugar, el dolor que experimenta el niño por vivir se refleja sobre la esfera anímica del mismo, luego se corresponde con la definición del daño moral como dolor o sufrimiento. Y finalmente, se trata de un atentado a bienes o intereses (el libre desarrollo de la personalidad del niño) que carecen de entidad material. En este último caso, hay que recordar, una vez más, que no es necesaria la lesión de un derecho subjetivo (DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado...*, p. 260 y Díez-PICAZO, *Daños...*, pp. 61, 291 y PANTALEÓN PRIETO, «Artículo 1902...», pp. 1972 y 1994); de ahí que con un concepto amplio de interés como lesión a intereses extrapatrimoniales (DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado...*, p. 675), pueda entrar también como daño moral el daño derivado de la propia vida.

moral por la jurisprudencia actualmente es amplísima³⁰⁵ —lo cual es bastante criticable³⁰⁶—, no se ve por qué no habría de incluir también el daño derivado de la vida, si responde a los parámetros fijados.

En realidad, nuestra jurisprudencia ni se ha opuesto ni ha corroborado la inclusión dentro del concepto de daño moral de estos daños, puesto que, como ya se indicó, todavía no se ha planteado ningún caso de *wrongful life*. Sobre la base de los pronunciamientos emitidos respecto de la consideración del hijo como daño en las acciones de *wrongful conception*, se puede aventurar, no obstante, que la posición del Tribunal Supremo sería contraria a la existencia de un daño moral por el sufrimiento derivado del hecho de vivir; pero tal rechazo —hay que subrayarlo—, no se produciría a partir de la negación de que este daño reclamado pudiera entrar en el concepto de daño moral, que el propio Tribunal Supremo baraja de forma amplia, sino por el obstáculo que supone el origen del cual surge este daño: el hecho de la vida. Con ello, ciertamente se excluye el daño; pero no por una objeción al daño en sí, sino por otorgarle mayor importancia al origen del daño que al daño mismo.

³⁰⁵ . Desde el primer reconocimiento jurisprudencial del daño moral (STS de 6 de diciembre de 1912), la evolución hasta la actual amplitud de la admisión del mismo ha sido larga. Según GARCÍA SERRANO (*op. cit.*, pp. 815 y siguientes), las fases de esta evolución jurisprudencial, una vez superado el rechazo inicial, pasan por una primera admisión de la indemnización del daño moral únicamente en tanto que repercuta patrimonialmente (fase en la que inserta de hecho GARCÍA SERRANO la famosa STS de 6 de diciembre de 1912, *op. cit.*, pp. 822-823), hasta llegar a la indemnización del daño moral con independencia de sus repercusiones patrimoniales, que es la que actualmente se sigue, dentro de una tendencia ampliadora del daño moral.

Como ejemplos actuales de esta tendencia, hay que señalar curiosos daños morales reconocidos por la jurisprudencia: el daño a un compositor por una versión moderna de su obra (STS [2ª] de 23 de mayo de 1975), la pérdida del cuerpo de un familiar fallecido, que fue enterrado en una fosa común (STS de 27 de febrero de 1995) o la frustración por el retraso de ocho horas en un vuelo que produce tensión, incomodidades y molestias (STS de 31 de mayo de 2000). Otros ejemplos en MARTÍN REBOLLO («Ayer y hoy...», p. 276).

La justificación de esta tendencia, sin embargo, no se encuentra, como parecen aventurar BAÑEGUIL ESPINOSA y SALVADOR CRESPO (*op. cit.*, p. 160), en el hecho de que en España existe un carácter más pasional (afirmación que acude a un tópico no contrastado con estudios al respecto y que en ningún caso puede llevar a admitir como daño moral cualquier contrariedad a los sentimientos «o las pasiones»). Por el contrario, se encuentra en el *favor victimae* señalado al comienzo del trabajo y en la inversión del principio que preside la responsabilidad. Se busca que cualquier perjuicio de un sujeto sea indemnizado. El concepto amplio e impreciso del daño moral sirve perfectamente a este objetivo, pues no está definido ni restringido por límites tangibles o fácilmente cognoscibles.

³⁰⁶ . Como señala VICENTE DOMINGO («El daño...», p. 228), el daño moral se utiliza «como un comodín». Es un cajón de sastre en que cabe todo perjuicio de un determinado sujeto. Significativas son, a este respecto, las palabras de la STS de 19 de junio de 1990, respecto de una lesión al derecho a la salud: «[...] la conculcación produce, *al menos*, daño moral» [la cursiva es nuestra].

Pese a ello, la excesiva extensión del daño moral es peligrosa, puesto que puede llevar a la desacreditación del concepto de daño y de la función de la responsabilidad civil. O puede crear tal inseguridad que lleve a rechazar la existencia de daño moral en supuestos en que podría apreciarse (tal es el caso, según RAGEL SÁNCHEZ, de la indemnización por ruptura matrimonial o infidelidad, pues considera que hay elementos suficientes para indemnizar por daño moral, pese a que el Tribunal Supremo lo rechaza, *op. cit.*, pp. 162-163).

4. Si la teoría de la diferencia no lleva a ningún resultado definitivo y la afirmación del daño en el causado por la vida se enfrenta siempre al obstáculo del origen de este daño, la afirmación del daño por el hecho de vivir, propio de las acciones de *wrongful life*, parece ser definitivamente imposible. De hecho, así es si se mantiene el centro del daño reclamado en la vida en sí.

Ahora bien, ha de dudarse de que esto sea lo que ocurra realmente en las acciones de *wrongful life*. El niño discapacitado no reclama realmente por vivir, sino por vivir discapacitado; no es la vida el daño, sino el hecho de vivir en las condiciones en que se encuentra el niño. Son, pues, las malformaciones, defectos o enfermedades a los que se ve sometido el origen del dolor por el que reclama, lo que menoscaba su patrimonio espiritual, en definitiva. Así, no se trata tanto de que el niño deseara no haber nacido, o que considere que es mejor la no existencia que la vida, como de que no desea esa vida que le ha tocado, enferma o discapacitada. De hecho, esta puntualización es muy frecuente entre los autores que estudian la cuestión, como vía de elusión de un choque frontal con el principio de la negación de la vida como daño³⁰⁷. El dolor y el sufrimiento que le ocasiona su condición no sana es lo que le lleva a considerar que la inexistencia sería mejor.

Con ello, no se trata de reclamar como daño las lesiones en sí —teoría que ya fue analizada y que llevaría a las objeciones ya vistas sobre la relación de causalidad—, sino el

³⁰⁷ . Al estilo de la teoría de la separación aplicada en Alemania para distinguir entre el nacimiento y las consecuencias del mismo, aquí se distingue entre las lesiones y sus consecuencias anímicas. Comenzando por los franceses, son VINEY y JOURDAIN (*op. cit.*, p. 17) quienes sostienen este argumento con mayor claridad, al afirmar que no se trata de asimilar la vida del discapacitado a un daño, sino la propia discapacidad (idea que mantiene JOURDAIN —Le préjudice..., p. 624— también en solitario: «le dommage ne consiste pas à naître, comme on tente de faire croire, mais à naître atteint des séquelles graves et irréversibles d'une maladie contractée avant la naissance»; «Réflexions...», p. 337). Con menor claridad, pero en esa misma línea, DREYFUSS-NETTER (*op. cit.*, p. 3) se limita a señalar que hay dos opciones: que el daño sea la discapacidad o que el daño resulte de nacer con una discapacidad; y GILLON (*op. cit.*, p. 363) asume que puede ser coherente la demanda como la que plantea el niño en el caso de *wrongful life*, pero no cree que se trate de una demanda cierta (con lo que parece que cree que lo que ocurre realmente es que el niño quería vivir, aunque sin lesiones). Según GAUTIER, la sentencia del caso Perruche (17 de noviembre de 2000) parece guiarse también hacia esta misma interpretación, pues afirma el daño únicamente por el hecho de la discapacidad: «Il est né handicapé et sa souffrance lui restera désormais attachée, point final» (*op. cit.*, p. 67).

Entre los estadounidenses, COHEN (*op. cit.*, p. 226) se inclina por una solución similar, al señalar que la indemnización más bien debería proceder del daño (*pain and suffering*) que experimenta el niño tras el nacimiento: la carga de su existencia; idea también presente en el inglés JACKSON («Action...», p. 563); SHAPIRA (*op. cit.*, p. 373, que propone distinguir entre el hecho de vivir y la condición discapacitada) o TEFF (*op. cit.*, p. 438). La jurisprudencia recoge este mismo matiz, como demuestran las palabras del caso *Park v. Chessin*: «the infant defendant does not seek damages for being born, per se, but rather seeks damages for the pain suffered by her after her birth based on the tort committed prior to conception».

sufrimiento, dolor y angustia que le ocasionan³⁰⁸, conceptos dentro de los cuales no sólo se hace referencia a un dolor físico (que, según cuál sea el mal que afecta al niño puede ser o no experimentado), sino un dolor moral por saberse diferente, no sano. Tal daño se podría encuadrar en algunas de las categorías que tradicionalmente se han elaborado dentro de los daños no patrimoniales³⁰⁹, pues contiene componentes de todas ellas (según la enfermedad o defecto de que se trate): pérdida de las alegrías de la vida³¹⁰, daño a la vida de relación³¹¹, pérdida de la juventud o perjuicio juvenil³¹², daño estético³¹³, etc.

³⁰⁸ . De todas formas, hay que tener en cuenta que la afirmación del daño en el dolor que ocasiona la vida, no abre el camino a un daño, por así decirlo, absoluto, sino que da pie a plantear una posible compensación de daños en estos casos respecto de los beneficios que tal vida aporte; compensación que apenas es tenida en cuenta por aquéllos que llegan a afirmar el daño que experimenta el niño por el hecho de vivir, pero que responde al mismo razonamiento. De hecho, DEWITT ROGERS (*op. cit.*, p. 738-739) destaca que tanto beneficios, como cargas derivan de la negligencia del médico, por lo que se deberían tener en cuenta ambos. Por tanto, si se aceptara por este razonamiento la apreciación de un daño moral en las acciones de *wrongful life*, parece que se deberían descontar los beneficios igualmente morales que, en el caso concreto, obtenga el niño del hecho de vivir, beneficios difíciles de cuantificar —al igual que los daños—, lo que complica la posible indemnización, ya de por sí complicada.

³⁰⁹ . Respecto de estas categorías de daños hay que aclarar, no obstante, una cuestión. Que estos daños identificados generalmente por doctrina y jurisprudencia hayan de considerarse o no daño moral; que deriven de éste daño o del daño corporal o personal (NOVELLINO, «Responsabilidad...», p. 250, con cita de Zavala de González; VICENTE DOMINGO, *Daños corporales...*, pp. 153-158); o que sean o no independientes dentro de un concepto de daño no patrimonial o inmaterial, es, en cierto modo, indiferente, desde un punto de vista jurídico (de hecho, MARKESINIS y DEAKIN señalan respecto de la distinción entre daño patrimonial y daño moral: «to some extent it will not matter under which particular heading the courts address questions of this kind», *op. cit.*, p. 77). Su afirmación como daño, en cualquier categoría, lleva a su indemnización, si concurre el resto de los requisitos de la responsabilidad.

La división en categorías, como ya se apuntó anteriormente, únicamente cumple el objetivo de facilitar la identificación de perjuicios como daños resarcibles: aquellos perjuicios que entran dentro de una categoría aceptada como daño pasan a ser daño resarcible (quizá por ello YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, p. 162, declara como positiva la progresiva introducción de nuevas categorías); pero no define el daño. No se trata, pues, de una distinción que tenga relevancia, como puede ser la que se establece en Alemania entre el daño moral y el daño patrimonial.

³¹⁰ . La definición de este daño resulta debatida. Originariamente se definió por la jurisprudencia francesa como pérdida o privación de satisfacciones diversas de orden social, mundano y deportivo de las que tiene el derecho de beneficiarse normalmente un hombre de la edad y cultura de la víctima; definición criticada, según DE ÁNGEL YÁGÜEZ («La reparación...», p. 58; *Tratado...*, p. 707) sobre la base de que subyacía en ella un concepto clasista y restrictivo.

A partir de ahí, la definición se amplía en la línea de la Resolución 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa en su artículo 11 («perturbaciones y disgustos tales como malestares, insomnios, un sentimiento de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida, producida sobre todo por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades de diversión»); línea ampliadora que sigue también nuestra jurisprudencia (STS [2ª] de 7 de mayo de 1987: «[privación] de la posibilidad de disfrutar plenamente de sus propias energías y de la expansión genérica de su personalidad en el medio social, la pérdida del optimismo necesario para afrontar los avatares de la existencia y, sin llegar a la depresión, una inevitable inclinación al desánimo»).

³¹¹ . Según relata ÁLVAREZ VIGARAY (*op. cit.*, pp. 84-85), este daño, cuya naturaleza es debatida, surgió como un intento de darle una consistencia independiente dentro del daño personal. Se define por la doctrina italiana (DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «La reparación...», p. 65; *Tratado...*, p. 713) como la exclusión o reducción para quien

5. Identificado así el daño, guarda una gran relación con el que caracteriza cualquier supuesto de lesión a la integridad física por el dolor a ella aparejado: sea cual sea el origen de la lesión del niño, una vez producida, afecta a su integridad física o psíquica, afección que repercute en la esfera anímica de la víctima. El hecho de que en uno de los casos este dolor provenga directamente del comportamiento de un sujeto, que menoscaba la integridad de la víctima, y que en el caso de las acciones de *wrongful life* el dolor derive de que este menoscabo venía aparejado al nacimiento, no supone diferencia respecto de la repercusión en la esfera personal de la víctima³¹⁴.

La única diferencia que se podría establecer entre ambas reside en que el que experimenta la lesión desde el nacimiento no ha conocido otra situación respecto de la que considerar su condición peor³¹⁵. Sin embargo, este argumento es falsamente convincente, pues este problema es compartido con los supuestos de lesiones prenatales, respecto de los que no se duda en indemnizar el daño. La base para ello, como ya se dijo, reside en identificar el concepto de lesión de acuerdo con un parámetro de salud y normalidad media del ser humano. El concepto de lesión se obtiene en estos casos conforme al concepto general de integridad física y no por comparación con la situación anterior al nacimiento. La similitud de estos casos con los de *wrongful life*, de hecho, lleva a plantearse por qué no se acepta en

ha sufrido una disminución física de las posibilidades de colocación y de coordinación en las relaciones sociales, o bien el mantenimiento de las mismas en un nivel normal.

³¹² . DE ÁNGEL YÁGÜEZ («La reparación...», p. 59; *Tratado...*, p. 708) lo define como reducción potencial de la capacidad de trabajo de un joven, que sufre por lo que no será nunca; pero destaca en la última obra citada que en realidad lo que sucede es que se busca atribuir importancia a la juventud de la víctima. En el derecho anglosajón, FURROW (*et al.*) se refieren a la *impaired childhood* desde un punto de vista menos «material», como: «innability to participate in the normal joys of childhood, and the damages sustained by the child as a result of the adverse effect the child's disability has upon her parents and her family» (*op. cit.*, p. 920).

³¹³ . Este último daño únicamente será constatable cuando la discapacidad conlleve deformidades visibles y permanentes (VICENTE DOMINGO, *Daños corporales...*, p. 205; «El daño...», p. 245). A pesar de su individualización como daño moral autónomo, hay que destacar que este daño es uno de los más difíciles de valorar, como señala DE ÁNGEL YÁGÜEZ («La reparación...», p. 59; *Tratado...*, p. 708), puesto que concurren en él las dificultades de cualquier daño corporal, en especial, la dificultad de tomar en cuenta todos los factores que individualizan el caso concreto y la aplicación del elemento comparativo entre daños similares («La reparación...», pp. 50-52).

³¹⁴ . De hecho, afirma DAGORNE-LABBE (*op. cit.*, p. 24) la identidad entre la situación de los niños discapacitados y los niños nacidos en las circunstancias de las acciones de *wrongful life*, pues se enfrentan a iguales dificultades cotidianas.

³¹⁵ . Similar es la negativa de LAUFS («Haftung...», p. 1057) a la indemnización de los daños que provienen de defectos genéticos de los progenitores, puesto que indica que no existe lesión, ya que no hay un objeto preexistente que resulte lesionado. El defecto se produce al mismo tiempo que la vida, por lo que no se puede hablar de una lesión.

estas últimas demandas la indemnización cuando también se trata de casos en los que, una vez producida la lesión, el niño no podría haber nacido sano³¹⁶.

6. El obstáculo al que se enfrenta este enfoque aquí planteado reside en el propio principio del que parte la identificación de un daño moral en el dolor y sufrimiento por el hecho de vivir: si no hay dolor o sufrimiento, no hay daño. A partir de ahí, tal enfoque hace dudar de que pueda existir este daño cuando la enfermedad o defecto sea de tal gravedad que impida al niño percibir su situación dañada. En cierto modo, el problema es el mismo que plantea VICENTE DOMINGO en relación al daño moral de las víctimas en coma, que, por su situación de inconsciencia, no pueden experimentar dolor³¹⁷.

La solución que en este caso ofrecen algunos autores de indemnizar el daño moral en sí mismo, por la propia lesión o menoscabo a la persona (que es un fin en sí misma)³¹⁸, no resulta del todo adecuada en el caso aquí planteado, pues llevaría a la teoría ya rechazada de identificación del daño en los propios defectos o enfermedades.

Por ello, la única solución para estos casos es comprobar si el sufrimiento por el hecho de la vida discapacitada es un daño moral también conforme a las otras definiciones del daño moral. Sin embargo, esta comprobación es difícil de realizar cuando no es el hecho de las lesiones el que se identifica como daño, sino las consecuencias derivadas de las mismas. Así pues, parece que ha de partirse de que este argumento de contestación a la posición mayoritaria no parece servir para todos los casos de las acciones de *wrongful life*, sino sólo para aquéllos en que el estado enfermo no prive de conciencia al niño.

³¹⁶ . Tanto MANNSDORFER (*op. cit.*, p. 99), como SYMMONS (*op. cit.*, p. 296) ponen de relieve, en concreto, la posible comparación o el paralelismo de estos casos con los de lesiones prenatales «típicas». Como afirma el primer autor, carece de imparcialidad la diferenciación entre el caso del niño nacido enfermo o minusválido por falta de diagnóstico y el que se produce por una interrupción del embarazo sin éxito (p. 102).

Es una pregunta similar a la que se ha hecho en relación al problema de la legitimación activa y la identificación de un deber frente al niño protagonista de estas acciones. En este caso en concreto señala DEWITT ROGERS (*op. cit.*, p. 755): «in those cases in which the physician's negligence actually causes the congenital defect rather than merely precluding the opportunity to avoid the child's birth, the child's assertion that he would have been better off never having been born is not viewed with suspicion».

³¹⁷ . *Daños corporales...*, pp. 193-195.

³¹⁸ . ZANNONI (*El daño...*, pp. 294-295). No ha de partirse, dice el autor, de un concepto hedonista de la idea de «satisfacción», sino de que también el incapaz puede experimentar satisfacciones, aunque se manifiesten en aspectos tales como la mejora en su atención. En la misma línea, los franceses MAZEAUD y CHABAS (*op. cit.*, p. 427), así como TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE (*op. cit.*, p. 640), afirman que se ha de conceder indemnización, pues ésta no se establece en función de la representación que la víctima se hace, sino de la constatación por los jueces y su valoración objetiva: «l'état végétatif d'une personne humaine n'excluant aucun chef d'indemnisation, son préjudice doit être réparé dans tous ses éléments». VICENTE DOMINGO (*Daños corporales...*, p. 195), en cambio, señala que la solución en estos casos suele ser negar la indemnización del *pretium doloris* pero concederla por la pérdida del placer vital o por el daño funcional.

7. No obstante, el obstáculo va más allá. La teoría planteada no acaba de resultar satisfactoria, pues parte de una definición imperfecta del daño moral. Efectivamente, aunque la identificación del daño moral en la afección a la esfera anímica de la víctima responde realmente a la naturaleza de estos daños, la definición de los mismos por este impacto lleva consigo una gran dosis de inseguridad. Por poner dos ejemplos, conlleva graves problemas de prueba y deja abierta la cuestión de qué gravedad en el dolor o sufrimiento es necesaria para caracterizar el perjuicio como daño moral jurídico.

Pese a su uso generalizado entre la jurisprudencia, no aporta base suficiente para determinar qué es un daño moral y, por ello, resulta poco adecuada³¹⁹. Por ello, la afirmación del daño en las acciones de *wrongful life* sobre esta base ha de ser cuestionada.

8. Sometida esta argumentación a grandes dudas, lo aconsejable sería rechazarla directamente y negar que a través de ella se pueda poner en cuestión que la vida en sí no pueda ser un daño. El ataque frontal al argumento, por lo tanto, no lleva a ningún resultado positivo. Ha de verse pues, qué ocurre con el resto de las vías propuestas.

3.2.2. Relativización del bien vida

1. Esta segunda línea de razonamiento trata de establecer, por un lado, que la vida (bien supremo en nuestro Ordenamiento), no es un bien absoluto, sino que en ocasiones se relativiza. Por otro lado, trata de afirmar que, de todas formas, la protección que se realiza en el Ordenamiento de este bien no va dirigida frente a daños como el que reclama el niño en las acciones de *wrongful life*, sino frente a ataques directos contra el bien vida. Por ello, el rechazo sobre la base de una contradicción con el valor supremo de la vida está equivocado, puesto que este valor, tal y como es admitido, no se pone en cuestión a través de la demanda de responsabilidad por *wrongful life*. Finalmente, el razonamiento cuestionará hasta qué punto contradice el valor supremo de la vida su traducción a términos económicos respecto de su titular.

³¹⁹ . Por nuestra parte, consideramos que el daño moral ha de definirse como atentado a bienes o intereses reconocidos por el Ordenamiento. Aunque somos conscientes de que tal definición remite no sólo al Ordenamiento positivo, sino igualmente a los valores sociales integrados en él y que, con ello conlleva cierta dosis de inseguridad (en la medida en que ya se vio qué ocurre con tales valores), logra identificar el daño sobre la base de un mayor consenso. Por otra parte, elude la intangibilidad aparejada al concepto de dolor o sufrimiento que, a la postre, lo único que consigue es que se emplee el daño moral para indemnizar cualquier contratiempo que experimente un sujeto, desvirtuando con ello la idea básica de la responsabilidad.

2. Comenzando por la primera afirmación, ya anteriormente apuntada, ha de admitirse que, pese al valor supremo que se otorga a la vida, en la mayor parte de los Ordenamientos la regulación de este bien encuentra excepciones en ciertos casos puntuales en los que los intereses en conflicto aconsejan su relativización³²⁰.

- Ejemplo paradigmático es la pena de muerte, no presente en nuestro país pero sí en otros (v. gr., en Estados Unidos), en los cuales no se lleva a cabo una menor valoración del bien vida por el hecho de que en ciertos casos se admita poner fin a la vida de un sujeto ante la concurrencia de intereses predominantes de la comunidad.

- Junto a este caso, y ya en nuestro propio Ordenamiento, a través de la eximente de legítima defensa o del estado de necesidad puede quedar sin castigo la terminación de una vida, bajo unas determinadas circunstancias (respectivamente, artículo 20.4º y 20.5º Cp).

- Igualmente, la propia despenalización del aborto, intervención de la que parten estas acciones, muestra cómo el bien vida se relativiza ante la concurrencia de un conflicto de intereses, por el mayor valor que se otorga a la integridad física, la salud o, incluso, el libre desarrollo de la personalidad de la madre, frente al *nasciturus*. A éste, como ya se ha mencionado anteriormente, ni siquiera se le considera titular del derecho a la vida, pese a que se reconoce su condición de ser vivo.

- Incluso se podría pensar que la despenalización del suicidio de cara al propio suicida, muestra cómo el bien se protege sólo frente a ataques de otros, pero no frente a ataques propios. De hecho, así lo pone de relieve parte de los autores que estudia las acciones de *wrongful life*³²¹.

- Completando el catálogo, los autores estadounidenses suelen añadir como ejemplo el análisis jurídico y social de las decisiones relativas a los tratamientos prolongadores de la

³²⁰ . Como señala GÓMEZ PAVÓN (*op. cit.*, p. 15), el derecho a la vida, al igual que otros, tiene sus límites. Esto lleva a plantearse —ya que en ocasiones se relativiza y se excluye la punibilidad de ataques directos contra el bien vida—, por qué no puede limitarse también cuando —como en estos casos— no entra en juego directamente la terminación de la vida.

³²¹ . Aunque, como ya se dijo, no se admite un derecho a la muerte, sí existe una cierta disponibilidad sobre la propia vida, que es justificada por algunos sobre la base del derecho a la libertad (así, por ejemplo, ROMERO COLOMA, *La medicina...*, pp. 162, 174). De hecho, indica GÓMEZ PAVÓN que la protección de la vida no alcanza a los ataques que provienen de su propio titular y opina que existe una disponibilidad del bien para el titular (*op. cit.*, pp. 17-18). Como señala KELLY (*op. cit.*, p. 538 nota 149): «in light of the number of people who consciously make that decision by attempting suicide in the face of obstacles far less serious than the impairments suffered by a child born with a severe genetic defect, a reasonable juror could conclude that, in some cases, death would be preferable to impaired life».

vida (*right-to-die cases* o, en nuestro caso, eutanasia pasiva³²²). En la medida en que se otorga valor a la voluntad del paciente —expresada incluso en ocasiones a través de familiares— de no prolongar su vida, se demuestra cómo en ciertas circunstancias el valor de la vida es relativizado. Un tratamiento coherente de las acciones de *wrongful life*, se dice, debería permitir demostrar en el caso concreto lo insoportable de la existencia, que hace preferible la inexistencia³²³.

3. Frente a ello, se podría tratar de argumentar que esta relativización puntual sólo se admite ante la contraposición de intereses de dos sujetos, no por la contemplación individual de este valor; pero este argumento no es cierto en todos los casos contemplados. De hecho, falla precisamente en relación al suicidio y a la eutanasia pasiva, que son precisamente los que más se aproximan a las acciones de *wrongful life* (en la medida en que se refieren a la disponibilidad del bien vida por su propio titular). En éstos, se contrapone el interés del titular del bien vida frente al interés de la comunidad en la preservación de la

³²² . Recientemente, la Ley 41/2002 en su artículo 11.1 dispone: «Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud [...]. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas». El límite a estas instrucciones se encuentra, básicamente, en el Ordenamiento (lo que ha de remitirse al artículo 143.4 Cp, que regula la eutanasia activa) y la *lex artis* (artículo 11.3).

Aunque al estudiar este precepto ROMEO MALANDA («Parte I...», p. 3) no lo menciona, parece que en esta voluntad anticipada se engloba también la terminación de tratamientos mantenedores de la vida, de ahí la rigidez a la hora de establecer la constancia por escrito de la voluntad del paciente (rigidez frente a la que el autor sugiere una mayor flexibilidad e incluso aboga por permitir que la voluntad fuera manifestada por aquéllos que la conocieran).

³²³ . En este sentido, afirma DEWITT ROGERS (*op. cit.*, p. 736): «they nonetheless recognize, at least implicitly, that death may be a preferable and legally cognizable alternative to a severely burdened life». Pero son varios los autores que acuden a este paralelismo entre los casos de eutanasia pasiva y los de *wrongful life* (por todos, COHEN, *op. cit.*, pp. 215 y 222-223; FURROW, *op. cit.*, pp. 103-104 y KELLY, *op. cit.*, pp. 537-549). KELLY, en concreto, señala que en las acciones de *wrongful life* puede ser más fácil admitir la demanda, pues ésta no va dirigida a poner fin a una vida (pp. 542-545). La diferencia con los casos de la prolongación de tratamientos (que reside en que en el caso de *wrongful life* no se parte de una voluntad previamente declarada, lo que suscita sospechas respecto de la veracidad de la declaración del demandante) no es tal si se compara con los supuestos en que la manifestación de voluntad la realiza otro sujeto por el enfermo (pp. 546-547).

Frente a esto, GALLAGHER (*op. cit.*, p. 1325) afirma que no se trata del mismo supuesto, ya que lo que se protege en los casos de *right-to-die* es la autonomía de la persona, mientras que en estos otros casos se pretende valorar la vida. Así lo estableció también el caso *Smith v. Cote*, en que se declaró que no era cosa del juez declarar si entre los vivos había personas que no debían haber nacido. Por otra parte, establece TAUB (*op. cit.*, p. 212) la diferencia en el hecho de que no se persigue en estos casos una indemnización por el hecho de vivir, sino permitir la muerte (por lo que el equivalente real con las acciones de *wrongful life* sería aquél en que se concediese indemnización por el hecho de seguir vivo). Por su parte, SHAPIRA (*op. cit.*, p. 372) subraya también la diferencia, pero como medio de acreditar que en el caso de las acciones de *wrongful life* la contradicción con el bien vida es menor, pues no se pretende la muerte.

vida, situación en la que parece que se favorece el primero de ellos. Por tanto, existen situaciones similares en las que el Ordenamiento y la sociedad aceptan –aunque sea implícitamente– una relativización del bien vida en atención al respeto de la voluntad de su titular.

4. Dando un paso más, al atender al sentido en que se lleva a cabo la protección del bien vida, se observa que desde un punto de vista penal –vía principal de protección de los bienes jurídicos³²⁴–, únicamente se protege ésta frente a un ataque directo o indirecto dirigido a la terminación de la vida (artículos 138 a 146 Cp). En cambio, no se protege igualmente frente a un ataque a su concepto como bien supremo; ataque que se manifiesta como una diferencia de opinión (englobada, por otra parte, en la libertad ideológica consagrada como derecho fundamental por el artículo 16 CE)³²⁵.

Esto permite aventurar la siguiente conclusión: la reclamación de un daño por el hecho de vivir no es contrario a la protección del bien vida que contiene el Ordenamiento, pues tal protección se dirige a la preservación física o material de la vida, no a mantener un determinado concepto de la misma como absoluta³²⁶. Por tanto, la relativización que, en su

³²⁴ . REGLERO CAMPOS («Conceptos...», p. 76), sin embargo, señala que las normas sobre responsabilidad civil cumplen una función preventiva, al menos indirecta, respecto de la vida y de la integridad física (función que parece aceptar Díez-PICAZO, en su faceta de prevención general: *Daños...*, p. 47; así como LARENZ, *op. cit.*, p. 423 y ROCA TRÍAS, si bien no como función básica: *Derecho...*, p. 25). Igualmente, la idea de prevención es básica en los autores que aplican nociones de análisis económico del derecho. Así, SCHÄFER y OTT (*op. cit.*, p. 105) afirman que el objetivo del derecho de daños sólo tiene sentido si la indemnización sirve para hacer ver al causante las consecuencias de su proceder y proporcionarle un estímulo para que se abstenga en el futuro de causar perjuicios. Del mismo modo, SALVADOR CODERCH y CASTIÑEIRA PALOU parten de la idea de que la prevención se compagina con la función compensadora del derecho de daños, siempre que se tenga en cuenta que prevenir no equivale a castigar (*op. cit.*, pp. 9-10 y 113-115).

No obstante, esta visión de la responsabilidad civil como preventiva no es aceptada por PANTALEÓN PRIETO (*Tesis...*, pp. 399-400 y 821; «Cómo repensar...», pp. 444-445 y 446), opinión con la que nos mostramos de acuerdo. Aunque indirectamente la responsabilidad civil pueda servir de desincentivador de comportamientos, no es ése su objetivo ni mucho menos puede predicarse esta función como argumento conforme al cual negar la responsabilidad civil. Es decir, no se puede pretender negar la aplicación a estos casos de la responsabilidad sobre la base de que con ello se contradice su función preventiva de ataques contra la vida, tal función es del derecho penal.

³²⁵ . En este sentido, MERKEL, por ejemplo, parece cuestionar la imagen de la vida que se pretende proteger con posiciones que se apoyan en su valor supremo, señalando que la protección de este bien es respecto a su imagen en sí misma, no respecto de intereses individuales. Tal imagen, por un lado, puede cambiar y, por otro lado, no se puede oponer a estos intereses individuales (*op. cit.*, p. 181). Igualmente, declara HARRER (*op. cit.*, p. 35) que la protección constitucional de la vida se despliega en sentido biológico y psicológico, pero que no se ve alterada por el reconocimiento de un derecho a indemnización. Por otro lado, WHITFIELD (*op. cit.*, p. 677) señala que la protección de la vida se refiere a la vida existente y que no se puede argumentar en un caso en el que el aborto está permitido.

Frente a ello, se encuentran las palabras del caso estadounidense *Blake v. Cruz*: «as a society, therefore, our laws have as their driving force the purpose of protecting, preserving and improving the quality of human existence», tras lo cual, se concluía: «To recognize wrongful life as a tort would do violence to that purpose».

³²⁶ . Como señala KELLY (*op. cit.*, p. 536), «no one has identified the “violence” done to these principles [el valor de la vida] by permitting those who suffer from severe impairments to recover damages in tort». Cita en

caso, conlleva la identificación de la vida como daño, se produce en torno a la idea o creencia de la vida como bien absoluto, pero no en torno a la protección del bien vida. Así, este argumento niega que se produzca una verdadera contradicción con los valores supremos del Ordenamiento, pues no se incide de forma directa sobre el contenido principal de estos valores (la protección de la vida). Frente a lo que se ha pretendido generalmente, la identificación de la vida como daño resarcible no pone en peligro directo el bien vida: ni se trata de acabar con la vida del niño ni de negar su derecho a la vida.

El ataque, si acaso, es indirecto, en la medida en que la afirmación del daño contribuye a una paulatina desvalorización de este valor que, con el tiempo, puede derivar en la permisión de atentados contra la vida. Pese a que este riesgo lleva a autores como PICKER a negar de plano la posible aceptación de relativización alguna³²⁷ y pese a que no hay duda de que es un riesgo que existe, ha de afirmarse que se trata de un riesgo a largo plazo y de difícil materialización³²⁸.

5. Examinando la cuestión desde otro punto de vista, la pretendida absolutividad del bien vida no impide tampoco que este bien sea apreciado en ocasiones en términos económicos. La muerte es causa de un daño de rebote para las personas allegadas al fallecido; daño que no sólo se estima patrimonialmente, sino también desde un punto de vista moral (lo cual, en cierto modo, implica una valoración de lo que tal vida suponía para el perjudi-

concreto el caso *Turpin v. Sortini* en el que se decía: «it is hard to see how an award of damages to a severely handicapped or suffering child would "disavow" the value of life or in any way suggest that the child is not entitled to the full measure of legal and nonlegal rights and privileges accorded to all members of society».

³²⁷ . El autor se muestra contrario a cualquier tipo de relativización del concepto de la vida, incluso de su esencia o de su idea («Wrongful birth...», p. 544) por el hecho de que con ello se da el primer paso hacia una relativización del bien vida, básico para la convivencia social (p. 545: «[Die Differenzhypothese bejaht], daß das Dasein eines Menschen im einzelnen Fall gegenüber seiner Nichtexistenz ein nachteiliger Zustand und eben deshalb ein Haftungsgrund sein kann. Sie bricht folglich gedanklich und dogmatisch mit der Maxime, daß menschliches Leben nicht bewertbar sein darf [...] Der entscheidende erste Schritt zur Relativierung des Menschen ist damit getan»).

No obstante, parece olvidar el autor que el primer paso se dio ya hace tiempo a través de cualquiera de las excepciones ya analizadas (de hecho, según MERKEL, *op. cit.*, p. 182, no está demostrado el riesgo de una regresión social). Esto no supone negar que, efectivamente, cada nueva relativización ponga un poco más en peligro la consideración de la vida como bien supremo, pero al menos sí permite afirmar que las acciones de *wrongful life* no son las únicas responsables de tal relativización.

³²⁸ . Por otra parte, el riesgo de esta relativización no ha de ser imputado exclusivamente a las acciones de *wrongful life* (que, en todo caso, añaden una piedra al montón ya formado por otras excepciones). El cambio temido en la jerarquía de valores requiere algo más que la aceptación de que se pueda reclamar un daño por el hecho de haber nacido, sobre todo cuando se trata precisamente de erosionar el valor que se sitúa en la pirámide jerárquica. Pretender que únicamente por la admisión de las demandas de *wrongful life* se relativizaría este bien y se desmoronaría el sistema de valores supondría conceder a estas acciones una importancia muy

cado indirecto). Junto a esto, en el caso de lesiones, se valora igualmente el hecho del defecto o de la discapacidad frente a la víctima del daño. En ninguno de los casos se plantea una lesión del bien vida por el hecho de cuantificarla en términos económicos e, incluso, de calificarla como daño.

Dicha pretensión de absolutividad, en realidad, sólo aparece cuando el que reclama esta valoración es el propio titular del derecho a la vida, que reclama por este mismo hecho. Ciertamente es que el sentido de la reclamación por la vida no es el mismo, aunque en ambos casos la vida sea el daño (en la reclamación del daño por la muerte tal daño radica en la privación de la existencia, mientras que en las acciones de *wrongful life* el daño reside en la propia existencia); pero en ambos casos el bien que hay que valorar como daño es el mismo, por lo que no es la traducción a términos económicos el obstáculo, sino la idea o la opinión de que la vida es siempre un beneficio y nunca puede ser un daño. Tal idea es una convención o una valoración social, ciertamente arraigada, pero sometible a discusión.

6. Por todo esto, puede, al menos, dudarse de que la calificación de la vida como daño, de cara a su titular, en las circunstancias concretas en que se plantean las acciones de *wrongful life*, atente contra el bien vida. El atentado, si es que existe, se produce contra la idea de la vida como bien inalterable o absoluto; idea que es difícil de afirmar como indubitada en nuestro Ordenamiento, a la vez que se admiten las excepciones y relativizaciones al bien vida ya mencionadas. La realidad es, pues, que la sociedad acepta que en determinados casos la vida ceda su posición suprema.

La negación de la vida como daño resarcible, sobre la base de que no es un daño aceptado en nuestro Ordenamiento, se apoya por tanto, exclusivamente, en valores sociales que responden a una ideología y a una visión del mundo que responde a consideraciones básicamente religiosas o filosóficas. Esto supone que tal negación se ve sometida no sólo a diferencias de opinión de los que no comparten el punto de partida de la misma (los que consideran que la vida, en determinadas circunstancias, es peor que la inexistencia), sino también a las alteraciones que estos valores sufran con el tiempo. De hecho, tales alteraciones se han ido produciendo paulatinamente sin, por ello, desvirtuar la idea general de la vida como bien supremo. Cuando en este caso lo que se plantea no es acabar con una vida,

superior a la que realmente tienen en la práctica, dado lo concreto de su supuesto de hecho y las pocas demandas que por esta causa se plantean.

sino reclamar por ella un daño, no se entiende por qué alegar a partir de ahí la destrucción del valor supremo de la vida y, con ello, de la convivencia en sociedad.

7. La duda que se plantea es si esta relativización requiere o no un supuesto de extrema gravedad de la lesión del niño que permita afirmar desde un punto de vista aparentemente objetivo que hubiera sido preferible no nacer.

Esta rigidez en la apreciación del posible daño reclamado en las acciones de *wrongful life* tendría, quizá, sentido si aquí se propusiera un ataque directo contra el bien vida, pues para ello es necesario demostrar la concurrencia de otro bien (la libertad, la dignidad de la persona) que se pudiera considerar prevalente en el caso concreto. Sin embargo, a través de las acciones aquí estudiadas, como ya se ha dicho, no se niega la vida —ni se reclama ni se pretende morir—, sino su idea de bien absoluto. Para ello, no es un requisito imprescindible acudir a un parámetro objetivo de extrema gravedad; basta con admitir que en ocasiones la vida puede no ser una bendición.

De todas formas, siempre se mantendrá como requisito la exigencia de cierta gravedad; pero no porque sea necesario para relativizar el bien vida, sino porque, como ya se dijo, es presupuesto de la facultad de aborto —y, por extensión, de la libertad de procreación—, que se constituye como integrante del supuesto de hecho de estas acciones.

8. La conclusión que se pretende alcanzar con lo dicho es que no parece que el bien vida pueda oponerse a las acciones de *wrongful life* como obstáculo decisivo para negar el daño. La identificación del daño en el hecho de vivir no ataca de forma directa al bien vida tal y como el mismo es configurado y protegido por el Ordenamiento; en todo caso, ataca a una concepción de la vida, para la cual ésta es un bien absoluto. Por otro lado, el bien vida no es un bien tan absoluto que no admita excepciones, sobre todo cuando éstas no pretenden atacar de forma directa la idea de la vida como bien supremo, sino únicamente considerar que el hecho de vivir puede tener un valor económico para su titular, por el cual reclamar en determinadas circunstancias. Por todo ello, las dudas sobre el rechazo de la identificación de un daño en las acciones de *wrongful life* nos parecen actualmente razonables.

En la medida en que se mantenga que la idea de la vida como bien supremo se encuentra también protegida en el Ordenamiento, este razonamiento, ciertamente, perderá parte de su fuerza —no se ha pretendido en ningún momento afirmarlo como razonamiento definitivo, sino como argumento para poner en cuestión el rechazo generalizado de estas

demandas—; pero aun así habrá que tener en cuenta que seguirán existiendo ejemplos de relativización del bien vida.

3.2.3. Subjetivización del daño por el hecho de vivir

1. A través de este argumento —como se anunció, el menos contradictorio de los tres respecto de la posición mayoritaria de afirmación del valor absoluto de la vida—, se trata de afirmar que, se pueda o no caracterizar la vida en general como daño o relativizar el bien vida hasta el punto de considerarlo como tal, para el demandante de la acción de *wrongful life*, en el caso concreto, sí lo es. Por tanto, se pretende aceptar que en ciertos casos puntuales la vida puede ser un daño por el cual reclamar indemnización³²⁹.

2. El problema radica, sin embargo, en cómo determinar cuáles son estos casos³³⁰. Frente a los intentos de MERKEL de establecer al respecto un parámetro moral-objetivo (*objektiver moralischer Maßstab*) bastante restrictivo³³¹, así como frente a las opiniones de

³²⁹ . A modo de ejemplo de estas excepciones puntuales, son diversos los autores que admiten que en ciertos casos, o bajo ciertas circunstancias, vivir puede ser peor que no haber nacido. Entre ellos, COHEN (*op. cit.*, p. 223); DEWITT ROGERS (*op. cit.*, p. 736); DREYFUSS-NETTER (*op. cit.*, p. 5); KELLY (*op. cit.*, p. 541) y PALMERINI («Note...», p. 212). Esta última autora acude incluso a argumentos de tipo lógico que apoyan tal creencia: «sul piano logico, non è impossibile postulare a la nascita in uno stato di grave sofferenza come un pregiudizio rispetto alla non-vita e, di conseguenza, chiamarne a rispondere chi, con la propria negligenza, non ha impedito il verificarsi del danno».

Entre la jurisprudencia italiana, esta idea se encuentra en cierto modo presente en la sentencia de la *Corte d'appello di Venezia* de 23 de julio de 1990, cuando proclamaba que el concepto de daño requiere poder afirmar que en un determinado momento y para una determinada persona concurre un evento que representa un acontecimiento negativo, de manera que no se trata de definir como bueno o malo el nacimiento, sino de afirmar si en un determinado momento causa un perjuicio.

Entre nuestros autores, ésta es la idea que parecen recoger las palabras de GALÁN CORTÉS (*La responsabilidad...*, p. 125) cuando indica que no se trata de preferir la vida sobre la no vida, sino de una determinación del propio individuo que tiene derecho a hacer su libre y consciente elección.

³³⁰ . Como pone de relieve LILIE (*op. cit.*, p. 192), ni siquiera existe consenso respecto a qué es la enfermedad y qué es la salud, dificultad que se incrementa al definir la gravedad de la primera. Así lo ponen de relieve tanto BUSNELLI (*op. cit.*, p. 217: «A partire da quale soglia di gravità, l'handicap renderebbe la vita intollerabile?»), como WEBBER, a partir del caso estadounidense *Siemieniec v. Lutheran General Hospital* (*op. cit.*, p. 11: «which handicaps make life not worth living? If blindness and deafness make life unendurable, does blindness in one eye, or deafness in one ear? Does being born with just plain bad eyesight or hearing entitle one to an award? How serious must one's mental retardation be to qualify for compensation? Must it be "severe," or can a person of mere lower-than-average intelligence recover damages?»).

Si bien parte de estas dudas están justificadas, no todas ellas lo están, pues en última instancia se encuentra el criterio médico y el límite ya mencionado de la «gravedad» del defecto como criterio requerido por la legislación de aborto (y, por extensión, por los casos de diagnóstico preconcepcivo). El riesgo de que una mera lesión legítima al niño para reclamar, por tanto, no existe.

³³¹ . *Op. cit.*, pp. 185 y siguientes. Según el autor, se puede establecer un límite para determinar el daño de acuerdo con el hecho de que la vida sea insostenible (evento que se considera como negativo y que no requiere la comparación con la inexistencia del niño, aunque esto último es criticado por WINTER, que afirma que esta comparación se realiza indirectamente, *op. cit.*, p. 334).

aquéllos que acuden a criterios de extrema gravedad de la enfermedad para poder apreciar en el caso concreto el daño por el hecho de vivir, la mayoría de los autores que se han planteado esta cuestión abogan porque sea el propio titular de la vida el que decida cuándo ésta resulta insoportable, cuándo hubiera sido mejor no nacer³³².

Esta remisión a la opinión del titular de la vida para definir el daño, no obstante, es problemática en el contexto de la acción de *wrongful life*, pero no sólo porque habría que decidir si debería ser el niño (menor y discapacitado) el que decidiera demandar o si podrían decidirlo por él los progenitores³³³, sino especialmente porque convierte la identifica-

Una misma objetividad se aprecia en el criterio de universalidad al que acude GILLON (*op. cit.*, p. 363), cuando admite que pueden existir enfermedades respecto de las que exista un consenso casi universal de que la vida con ellas es peor que la inexistencia (p. 364). En tales casos, acepta que éticamente podría admitirse una demanda de *wrongful life*.

³³². Entre nuestros autores, esta idea fue enunciada primero por PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», pp. 266 y 272) y recogida posteriormente por VICENTE DOMINGO (*Daños corporales...*, p. 110; «El daño...», pp. 251-252). El primer autor, en concreto, pone de relieve que la valoración de la vida es un juicio personalísimo en el cual no pueden intervenir otros sujetos ni las concepciones generales, sino que únicamente debe tenerse en cuenta la opinión al respecto del propio titular de la misma. Cuando el niño interpone una demanda de responsabilidad alegando que el mero hecho de vivir con las taras que sufre le supone un daño, se pronuncia respecto del valor que él otorga a su propia vida.

Entre la doctrina extranjera, esta misma opinión parece ser sustentada por los alemanes HARRER (*op. cit.*, p. 273: «das Urteil über den Wert des Lebens steht allenfalls dem Betroffenen selbst»); OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 183, que se refiere a que en el ámbito de una hipotética valoración del valor de la vida ha de quedar excluido el juicio de un tercer sujeto, aunque sean los padres del niño discapacitado, pues es fácil que se produzca un conflicto con los intereses de estos terceros); PICKER (*Wrongful life...*, p. 39) y FISCHER (*op. cit.*, pp. 438-439). Igualmente, entre los autores anglosajones, CAPRON (*op. cit.*, p. 653) señala que no es adecuado sustituir el juicio del niño por el del Estado, aunque sugiere como criterio sustitutivo el de los progenitores (p. 654: «the child is merely asserting that the decision whether the child would have been better off not to having been born should be left with the child's prenatal guardians», its parents»); JACKSON («Action...», p. 564) afirma que esta valoración es personal y no un hecho objetivo (de hecho, el intento de tratar tales casos de forma objetiva únicamente refleja las propias convicciones del juzgador); y KELLY pone de relieve que en todo caso no es el demandado quien ha de establecer las preferencias del niño, pues no es imparcial (*op. cit.*, pp. 519).

³³³. Como destaca GRUBB (*op. cit.*, p. 279), aunque debería ser el niño el que decidiera, no siempre está en condiciones de hacerlo (idea en la que insisten GALLAGHER, *op. cit.*, p. 1326 y TROTZIG, *op. cit.*, p. 32, en tanto que afirman que no se puede saber cuál es la voluntad del niño, dada su corta edad o falta de capacidad).

Pese a ello, los autores estadounidenses constatan que el ejercicio de estas acciones puede realizarse desde el nacimiento del niño, sin necesidad de esperar a su madurez, ya que no perjudica al titular de las mismas y favorece a sus intereses. En este sentido se pronuncian tanto COHEN (*op. cit.*, p. 211 nota 1, que constata cómo estas demandas se plantean generalmente en nombre de niños muy pequeños), como KELLY (*op. cit.*, pp. 586-587, aunque manifiesta también la duda inicialmente señalada: nota 64). Ahora bien, esta vía de afirmación del daño es criticada por BOPP, BOSTROM y MCKINNEY (*op. cit.*, pp. 512 y 514), que señalan que a través de estas demandas el valor de la vida se determina no por parámetros objetivos, sino por los subjetivos de la madre que interpone la demanda.

En todo caso, la constatación del estado del niño no puede servir como motivo para rechazar la acción de *wrongful life*, como parece argumentar LUCIANI (*op. cit.*, p. 20). De hecho, tan poco válido es el recurso a una definición subjetiva del daño, como el argumento que se opone a la existencia de tal daño por el hecho de que el niño menor de edad o en condiciones enfermas no puede por sí mismo definirlo o percibirlo. Tal argumento, en el fondo, supone alegar que el daño no puede ser definido en las circunstancias del caso por la víctima,

ción del daño resarcible en un concepto subjetivo (queda al arbitrio de la víctima cuándo es un daño resarcible el perjuicio sufrido).

3. Si bien al definir el daño jurídicamente reparable no se alude como una de sus características a la objetividad —en el sentido de consenso respecto de su carácter como daño³³⁴—, tal idea aparece en cierto modo implícita en la noción del mismo. A fin de cuentas, el daño indemnizable o antijurídico se caracteriza por la lesión a un bien o interés que debe ser protegido y que, por tanto, es valorado como positivo por el Ordenamiento. Así, la misma idea de pérdida o menoscabo depende de lo que se entienda generalmente por tal. Por tanto, la idea de consenso u objetividad en la determinación del concepto de daño resarcible está implícita en la misma noción de un daño jurídico distinto del daño común. Permitir que sean las víctimas las que de forma exclusiva determinen cuándo existe tal daño, al interponer frente al mismo una demanda de responsabilidad, acabaría con la distinción entre daño en un sentido usual y daño en sentido jurídico³³⁵.

El problema es, por tanto, algo más que un problema de seguridad jurídica, pues trasciende a la propia idea del daño resarcible. A partir de aquí, la identificación del daño resarcible por parte de la víctima sólo podrá aceptarse cuando sea el propio legislador el que atribuya a la víctima esa facultad. Tal disposición podría plantearse *de lege ferenda* para aquellos casos, como el presente, en que no existe un acuerdo general sobre la caracte-

de ahí que el rechazo de una tal definición del daño y el recurso a parámetros objetivos suponga también el rechazo de este tipo de opiniones.

³³⁴ . Aunque LARENZ (*op. cit.*, p. 459) se refiere a la relación del daño con el sujeto y afirma: «der zu ersetzende Schaden ist also keine rein abstrakte Größe, sondern als Schaden eines bestimmten Geschädigten auf diesen bezogen», con ello no admite que sea la víctima quien defina el daño, sino que todo daño ha de tener una víctima.

En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (*op. cit.*, p. 383), parecen apuntar hacia una negación de los daños subjetivos sobre el concepto de «efectividad» del daño (certeza, en general), cuando interpretan la finalidad de tal límite en evitar la inclusión en el ámbito de cobertura de simples perjuicios y aun de «meras molestias subjetivas». Sin embargo, con estos términos se refieren en realidad a la exclusión de daños cuya entidad no les permita ser incluidos en la categoría de daño indemnizable. No es, pues, la subjetividad del daño lo que lleva a su rechazo sobre el requisito de la «efectividad», sino su escasa gravedad.

³³⁵ . Así por ejemplo, TEDESCHI (*op. cit.*, p. 519) se muestra contrario a la subjetivización del daño, al preguntarse, como argumento para negar la posible extensión de las demandas por procreación irresponsable a partir de la consideración negativa de la vida insatisfactoria por parte del demandante, desde cuándo depende la existencia del daño de las preferencias del demandante o de sus opiniones. Del mismo modo, afirman DEGUERGUE (*op. cit.*, p. 16) y JOURDAIN («Réflexions...», p. 337) que es el juez el que objetivamente valora la existencia de daño. La primera autora, de hecho, reconoce la subjetividad del daño, pero acude a criterios objetivos para definirlo de cara a su indemnización.

Entre nuestros tribunales, aboga por la objetividad del daño —curiosamente en un caso de *wrongful birth*— la SAP Málaga de 31 de marzo de 2000, que, tras afirmar la necesidad de atender al punto de vista subjetivo

rización del daño resarcible y en los que es precisamente un bien personal de la víctima el que se encuentra en cuestión.

4. Pero en tanto esta norma no se promulgue, la cuestión es si, partiendo del presupuesto de que la identificación del daño resarcible se realiza de forma objetiva, podría establecerse como excepción a este principio el caso concreto de las acciones de *wrongful life*, en atención precisamente a la estrecha relación entre la víctima y el perjuicio experimentado (que lleva a que sea ella precisamente la única que pueda afirmar o negar que el hecho de vivir le ocasione un perjuicio). No se trataría, pues, de afirmar que en todo caso fuera la víctima la que caracterizase su perjuicio como daño resarcible, sino de permitirle hacerlo en estos casos excepcionales, precisamente por la excepcionalidad del daño reclamado.

Esta propuesta iría, además, apoyada por el principio del cual deriva este argumento: la decisión sobre la propia vida es personalísima y no existe un sujeto más cualificado que su propio titular para definir sus beneficios o sus perjuicios. Guiarse en este tipo de daño a partir de las concepciones o valores sociales supone imponerle al titular del bien vida una valoración sobre el mismo que puede ser que no comparta³³⁶. A la hora de apreciar si la vida es o no un daño para su titular, al menos, debería tenerse en cuenta la opinión de éste expresada a través de la demanda, junto a las circunstancias del caso³³⁷.

5. En vista de todos estos factores, consideramos que en este caso concreto podría ser admisible la fijación excepcional del daño resarcible a través de la propia alegación de

del perjudicado para valorar el daño sufrido, añade: «esa subjetividad no puede eliminar la necesidad que desde fuera del individuo perjudicado, desde la objetividad, se observe y constate la realidad del daño».

³³⁶. Según MERKEL, es cierto que tiene todavía un gran valor la norma básica social de prohibición de la terminación activa de la vida ajena. Sin embargo, hay que ser consciente de que en estos casos no se trata ya de proteger al niño, sino únicamente de nuestro propio interés social en la estabilidad de la prohibición de poner fin a la vida humana. Dice en concreto el autor que no se ha de hacer pagar un precio tan bárbaro a un sujeto concreto por el interés en nuestras normas de protección (respecto de las que él no puede intervenir). Con ello se trataría de ejercitar el derecho subjetivo a la vida contra su propio titular (*op. cit.*, p. 191).

³³⁷. La propia valoración de la vida, de hecho, es tenida en cuenta en el Ordenamiento a la hora de disponer la protección sobre la misma. Prueba de ello es el hecho de que en el ámbito contractual es aceptada la celebración de ciertos contratos en los que el titular de la vida pone la misma en riesgo; contratos que no se considerarían contrarios a la moral y el orden público (carreras de motos, espectáculos circenses, *puenting*). Junto a ello, en ocasiones la presencia de otros intereses legitima esta puesta en peligro de la propia vida, como es el caso de los ensayos clínicos (Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento y Reglamento 561/1993).

Pero incluso el desvalor sobre la propia vida por parte del titular es en cierto modo respetado por el Ordenamiento —o, si se prefiere, «tolerado»—, en tanto que no se penaliza la disponibilidad sobre la propia vida, como ya se indicó. Esta despenalización del suicidio de cara al propio suicida es una muestra de cómo el bien vida no se protege frente a su propio titular, al cual parece que se le deja la decisión respecto del valor sobre la misma. Si bien se podría argumentar en este punto que no se trata de reconocer esta voluntad, sino de una imposibilidad de actuar para prevenir este mal (considerándose prevalente la libre autodeterminación de los sujetos), el efecto, en definitiva es que se acepta que para un sujeto la vida puede merecer no ser vivida.

la víctima. Ello supondría alterar las reglas que rigen para la determinación de tal daño, pero no en una medida tal que se pudiera considerar que se estuvieran transformando éstas. No obstante, admitimos que esta vía ofrece serias dudas.

3.3. Los daños patrimoniales

1. La identificación de un daño patrimonial en el caso de las acciones de *wrongful life* no es una cuestión que haya ocupado en gran medida a la doctrina. Sobre la base del general rechazo del concepto de daño por el hecho de vivir, la mayoría de los autores no llega a plantearse las posibles consecuencias económicas que surgen para el niño de esta vida discapacitada, aunque hay excepciones³³⁸. Aquéllos que lo estudian, sin embargo, generalmente lo aceptan –aunque no analizan la cuestión en profundidad–, como si lo considerasen independiente frente a la objeción principalmente opuesta a estas acciones.

2. Cuando el niño reclama un daño patrimonial por el hecho de la vida discapacitada, se produce, en cierto modo, una separación respecto del daño en la propia vida: no se trata de que alegue que es mejor no haber nacido que vivir discapacitado, sino que el hecho de la enfermedad o del defecto le genera gastos por los cuales solicita indemnización al profesional sanitario al cual le es imputable subjetivamente el falso negativo.

A modo de separación entre el daño reclamado y el hecho de la vida, se argumenta que el daño reside en el gasto patrimonial derivado de la condición enferma. Por ello, la concesión de este tipo de daños por parte de los que los aceptan aparece como una vía para atribuir alguna indemnización al niño, ante la dificultad que ofrece el daño moral.

3. Ahora bien, la concesión de una indemnización al niño por los gastos derivados de su condición enferma podría llevar a una duplicidad en la indemnización del daño, al ser

³³⁸ . En concreto, hay que citar entre nuestros autores a DE ÁNGEL YAGÜEZ («Diagnósticos II...», p. 155 y «La tercera...», pp. 191 y 195), que afirma que se puede llegar a reconocer un daño patrimonial respecto del niño; EMALDI CIRIÓN («La responsabilidad...», p. 1605; *El consejo...*, p. 240), que indica que es una de las partidas que se reclama con la indemnización; y GALÁN CORTÉS («La acción...», p. 11) que, menos tajante, afirma que el daño patrimonial forma parte de la acción de *wrongful life*.

Entre la doctrina extranjera, MANNSDORFER se muestra favorable al reconocimiento de la acción de *wrongful life* del niño, si bien limitada, precisamente, a los mayores costes de mantenimiento generados de su condición enferma (*op. cit.*, pp. 97, 98 y 105). El daño moral, dice este autor, ha de rechazarse: «pues es dudoso que la circunstancia de haber nacido pueda ocasionar un daño inmaterial». Del mismo modo, REINHART, *op. cit.*, pp. 1085-1086, afirma la existencia de un daño patrimonial para el niño. .

también éstos los daños que, como se ha visto, son reclamados por los progenitores a través de la figura del daño de rebote³³⁹.

Esta duplicidad, sin embargo, no se produce por dos razones. En primer lugar, porque —como se verá al estudiar la relación de causalidad—, es muy difícil afirmar la imputación al comportamiento del profesional sanitario de los daños posteriores al nacimiento.

Pero, incluso aunque fuera posible, no habrá duplicidad en ningún caso porque, como se dijo al estudiar el daño de rebote, sólo se ha de indemnizar el daño que realmente quede a cargo de los progenitores. Por tanto, o bien se considera que éstos (de acuerdo con el artículo 154 Cc) asumen esos gastos —con lo que no son daños patrimoniales para el niño—, o bien se considera que son asumidos por el patrimonio del niño —conforme a la interpretación que a continuación veremos— y, por tanto, no son indemnizados a los progenitores. En ambas hipótesis no hay duplicidad, pues el daño sólo se concreta en el patrimonio de uno u otro damnificado. Si, por cualquier motivo, los gastos son compartidos, cada uno podrá reclamar la cuantía de los gastos que efectivamente queden a su cargo.

4. El primer obstáculo al que se enfrenta este daño consiste en que la reclamación de un daño patrimonial por parte del niño requiere que experimente un detrimento patrimonial como consecuencia de su condición enferma. Sin embargo, si se tiene en cuenta la existencia de un deber de alimentos por parte de los progenitores respecto del niño, conforme al cual éstos han de proveer por sus necesidades, se constata cómo el detrimento patrimonial no se produce sobre el patrimonio del niño, sino sobre el de los padres (que serían los que pudieran reclamar la indemnización por el daño patrimonial)³⁴⁰.

5. Esta afirmación, no obstante, se enfrenta a una primera excepción cuando el niño carezca de progenitores o parientes que deban prestarles alimentos (artículo 143 Cc). En tal caso, no cabe duda de que debería ser el patrimonio del niño el que hiciera frente a tales gastos (si es que tal patrimonio existe), por lo que el daño patrimonial es suyo.

³³⁹ . Así señala GALLAGHER (*op. cit.*, p. 1327) que cuando se concede a los padres la indemnización por los gastos especiales no se ha de permitir la indemnización por tales gastos al niño. Del mismo modo, KELLY (*op. cit.*, p. 516 nota 50) no establece esta preferencia por padres o niño, pero sí proclama que sólo pueden indemnizarse una vez («within a given family, it is immaterial whether the parents or child recover for this loss, as long as one and only one recovery occurs»); idea también presente en COHEN (*op. cit.*, p. 222 nota 77), así como en el caso *Curlender v. Bio-Science Laboratories*.

³⁴⁰ . Por otra parte, puntualiza SONNENBERGER (*op. cit.*, p. 1420) que el niño no podrá reclamar por el daño patrimonial, en la medida en que sus necesidades estén cubiertas por un sistema institucional o de seguridad social. Esto responde en el fondo a la misma idea que se manifiesta en torno a la reclamación de los progenitores: únicamente es indemnizable el daño patrimonial efectivamente sufrido en el patrimonio de la víctima.

6. La segunda excepción, más dudosa, se presenta en relación al deber de alimentos de los progenitores en los casos en que el niño disponga de un patrimonio propio con el cual hacer frente a los gastos de su enfermedad. El deber de alimentos, en general, no surge por el mero hecho de la relación paternofilial (como ocurre con los deberes derivados de la patria potestad recogidos en el artículo 154 Cc), sino que es necesaria la concurrencia de una situación de necesidad del alimentista. De hecho, es un deber que surge únicamente cuando éste no puede hacer frente a su propia supervivencia (artículo 148 Cc). El principio es, pues, que cada uno hace frente a sus propios gastos.

Pero en el caso de los menores, el mencionado artículo 154 atribuye a los progenitores el deber de «alimentar» a los hijos. A partir de ahí, dos son las posibles interpretaciones: la primera supone considerar que la obligación del artículo 154 Cc impone en todo caso a los progenitores hacerse cargo de los gastos del niño hasta su mayoría de edad, por lo que sus gastos patrimoniales serán satisfechos por los progenitores y a ellos se deberán reembolsar a través de la acción de *wrongful birth*.

La segunda supone interpretar la obligación de los padres frente al niño menor de edad en el sentido propio de una obligación de alimentos, que depende de la situación de necesidad del alimentista (artículo 147 Cc), e interpretar la referencia del artículo 154 Cc sobre «alimentar» al niño, en un sentido físico como el hecho de proporcionarle alimento (no necesariamente pagarlo). De esta forma, los progenitores no sufragarían tales gastos con su patrimonio, sino en administración del patrimonio del niño.

Esta segunda opción es la que parece más coherente con el sentido de la obligación que pesa sobre los progenitores. Tal concepción tiene, además, la ventaja que supone que se atribuye la indemnización al sujeto que realmente necesita el dinero, quedando integrada en su patrimonio y bajo su titularidad. Como ya se señaló inicialmente, la atribución a los padres de la indemnización, si tal atribución no puede vincularse de alguna forma al niño, conlleva el peligro de que éstos dispongan de la misma a su voluntad, en vez de destinarla a cubrir los gastos que le dieron origen. En cambio, la concesión al niño de la indemnización la aleja de la libre disposición de los progenitores, que podrán administrarla (artículo 154 Cc), pero no a su libre voluntad, sino sometidos a las reglas del Código civil³⁴¹.

³⁴¹ . UREÑA MARTÍNEZ (*op. cit.*, pp. 1114-1115) parece mostrarse de acuerdo con esta línea argumental, al sostener: «la indemnización del hijo no puede quedar a la libre disposición de los padres, sino que sólo la

Por tanto, parece que el daño patrimonial generado por la condición discapacitada se causa al patrimonio del hijo cuando tal patrimonio es suficiente, pudiendo en tal caso reclamar él por el gasto (y en el resto, los progenitores).

7. Ahora bien, el principal obstáculo al que se enfrenta la reclamación de un daño patrimonial en las acciones de *wrongful life* radica en que la fuente de este daño reside en la condición enferma o en la discapacidad del niño. Como ya se indicó en su momento, tal condición no es originada por el comportamiento negligente del profesional sanitario cuya responsabilidad se reclama, por lo que el principal problema de estos daños, como se verá en su momento, se encontrará en el elemento de la relación de causalidad.

De ahí que aunque la idea de la indemnización de un daño patrimonial pueda ser más fácil de asumir en estas acciones, pues permite una cierta separación entre el daño reclamado y el hecho de la vida en sí, será difícil de admitir una demanda por *wrongful life* sobre la base del mismo, en tanto que fallará el presupuesto de la relación de causalidad, requisito cuya presencia es tan necesaria como el del daño.

pueden administrar» y que lo correcto sería que los progenitores entablaran también la acción de responsabilidad en el nombre del hijo.

Del mismo modo, MANNSDORFER (*op. cit.*, pp. 98 y 105) aconseja conceder la acción al hijo y, *alternativamente*, a sus padres. Aunque el autor no explica el porqué de este ejercicio alternativo, parece que la idea que late detrás es la de asegurar la posición del niño y evitar que se reciba dos veces indemnización por el mismo concepto: los mayores gastos generados por el niño. De todas formas, parece que su inclinación se encuentra a favor del niño, cuando posteriormente sugiere que la indemnización se ha de satisfacer en el patrimonio del menor y no en el de los padres (p. 103). En cambio, la opinión contraria se encuentra en DICKENS (*op. cit.*, pp. 94-95), que afirma la concesión de indemnización por *wrongful life* únicamente en la medida en que ya no se pueda conceder una acción por *wrongful birth*.

CAPÍTULO V

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

1. ESTABLECIMIENTO DE UNA RELACIÓN DE CAUSALIDAD FÁCTICA ENTRE LA CONDUCTA DEL AGENTE Y EL DAÑO EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE*

1.1. Planteamiento

1. El segundo gran obstáculo al que se enfrenta la reclamación de responsabilidad por *wrongful birth* o por *wrongful life*, como se indicó inicialmente, se encuentra en la relación de causalidad. Para que el profesional sanitario cuyo comportamiento produce el falso negativo o bajo cuyo ámbito de control se genera éste —allí donde se opera con criterios de imputación subjetiva objetivos u objetivados— deba responder por el daño experimentado por los progenitores y por el niño, es necesario que dicho comportamiento, o el evento que genera el falso negativo, se pueda considerar la causa de tal daño¹.

La dificultad de dicha constatación, que ya de por sí es complicada en general², se incrementa en el caso concreto de las acciones aquí estudiadas, como a continuación vere-

¹. Como señala con claridad CUEVILLAS MATOZZI (*op. cit.*, p. 41), «uno de los elementos que se requieren para el nacimiento de la responsabilidad civil extracontractual, conforme al sentir unánime de la doctrina y la jurisprudencia, es la existencia de la relación de causalidad, es decir, que el acto humano debe ser la causa del daño o perjuicio ocasionado o, lo que es lo mismo, que la lesión producida en un determinado bien jurídicamente protegido, tenga por origen un acto que pueda ser atribuido a una persona determinada».

De todas formas, aunque elemento necesario, tanto SALVADOR CODERCH (*op. cit.*, p. 1) como VON BAR (*Vol. II*, p. 435) ponen de relieve que es errónea la idea de que se constituye como el elemento más importante, ya que nunca aparece como criterio único de imputación (idea que repite el autor español en p. 15), y ya que, a veces, ni siquiera aparece (se responde por otros motivos). El rechazo de este criterio como único se debe, quizá a que, como destacan el propio SALVADOR CODERCH (*op. cit.*, p. 2) y otros (CUEVILLAS MATOZZI, *op. cit.*, p. 44; MAZEAUD y MAZEAUD, *op. cit.*, pp. 312-314; los MAZEAUD y CHABAS, *op. cit.*, p. 657; REGLERO CAMPOS, «El nexo...», p. 287 y TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE, *op. cit.*, p. 754), lo normal es que haya demasiadas causas.

². El establecimiento de la relación de causalidad es, en general, un grave problema en materia de responsabilidad, si bien, como ponen de relieve MARKESINIS y DEAKIN (*op. cit.*, p. 57), parece ser una cuestión principalmente teórica, pues no suele plantearse en la práctica (quizá porque los tribunales parecen estar más interesados por la prueba de la culpa, como opina GONZÁLEZ MORÁN, *op. cit.*, p. 138). Pese a ello, declaran GIESEN (*International...*, pp. 163-165) o PROSSER y KEATON (*op. cit.*, p. 263) que no existe otra materia que haya generado tantos desacuerdos y confusión, lo cual puede deberse, según AYNÉS (*op. cit.*, p. 494) a que se trata de una cuestión que puede dar lugar a un debate sin fin, pues en cierto modo todo es causa de todo (en igual sentido, CUEVILLAS MATOZZI, *op. cit.*, p. 44 y los que cita).

Parte del motivo de esta dificultad reside en que el origen del concepto de causa material se encuentra inicialmente en conceptos filosóficos (más incluso que físicos, como destaca DÍEZ-PICAZO, *Daños...*, pp. 332-

mos. El presupuesto del que parten estas acciones, junto al daño que se pretende reclamar a través de ellas, complica en sobremanera el enlace causal, hasta el punto de que en ciertos casos resulta imposible de afirmar y es, pues, obligado rechazar la pretensión de indemnización ejercitada por los progenitores o por el niño³.

Tal dificultad parece, pues, difícil de evitar, pues se encuentra inserta en la propia esencia de estas acciones; pero es posible tratar de paliarla a través de un estudio coherente de este elemento que tenga en cuenta las peculiaridades en él presentes.

2. Para ello, es necesario comenzar con una primera distinción. Si bien la función de la relación de causalidad de puesta en conexión entre el daño y el evento dañoso introduce una necesaria diferenciación entre las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, ya que el daño reclamado en cada una de ellas es diferente⁴, si se contemplan con atención los supuestos aquí planteados se puede constatar que, desde un punto de vista causal, la principal diferencia no radica tanto en la esencia del daño en sí, como en el momento de la cadena de

333), sobre los que se añaden posteriormente conceptos jurídicos. Por ello, como afirma CUEVILLAS MATOZZI citado, «aun cuando el hecho considerado causa y el suceso modificativo del mundo exterior considerado efecto pertenecen al mundo de la realidad natural, el proceso causal va a ser estimado de consumo [*sic*], por el jurista, con una norma positiva dotada de un juicio de valor, que le servirá de referencia para medir jurídicamente ese encadenamiento de sucesos, y que traerá como conclusión, aunque no necesariamente, que las consecuencias a las que se pueda llegar por un método empírico, no concuerden con las obtenidas en el mundo del derecho» (p. 55).

³. Por ello, salvo contadas excepciones (como la de DICKENS, *op. cit.*, p. 94, que afirma de forma rotunda: «the causation issue in wrongful life is perhaps one of the least problematic», afirmación que enlaza con la idea de este autor de que los progenitores hubieran optado por el aborto de haber podido), la mayoría de la doctrina pone de relieve el problema de la relación de causalidad como uno de los obstáculos a las acciones aquí estudiadas. Como ejemplos, hay que citar a DE ÁNGEL YAGÜEZ («Diagnósticos II...», p. 145), que señala que la relación de causalidad es la mayor dificultad en relación a estas acciones, puesto que el punto de partida de las mismas es que el error médico no es la causa de enfermedad del niño (en una obra posterior, sin embargo —«La segunda...», p. 133—, matiza el inicial rechazo absoluto y considera que únicamente no se puede afirmar con absoluta certeza tal relación de causalidad); y a PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», p. 272), que justifica que la negación de las acciones de *wrongful life* no se encuentra en negar que el niño haya sufrido daño alguno —en que sea mejor nacer con taras que no nacer—, sino en el problema de la imputación al médico del daño sufrido.

Del mismo modo, entre la jurisprudencia, si bien ya se apuntaba en la STS de 4 de febrero de 1999, la falta de relación de causalidad se constituyó como *ratio decidendi* de la STS 7 de junio de 2002. En concreto, en la sentencia no se trató la cuestión del daño, sino que se basó el rechazo de la acción de *wrongful birth* en la imposibilidad de poder establecer una relación de causalidad (pues no se puede conocer cuál hubiera sido la decisión de la mujer sobre el aborto). Curiosamente, en el comentario de esta última sentencia afirmaba CECCHINI ROSELL (*op. cit.*, p. 189), que la relación de causalidad y la imputación objetiva eran claras; pero no establecía justificación sobre la que apoyar tal apreciación.

⁴. Por este motivo, no nos parece adecuada la argumentación de DREYFUSS-NETTER (*op. cit.*, p. 3), cuando afirma que es incoherente asumir que existe una relación de causalidad en las acciones de *wrongful birth* y negarla para las de *wrongful life*. No existe tal incoherencia, desde el momento en que se trata de daños diferentes que se producen en un momento diferente de la cadena de acontecimientos. La incoherencia se produci-

acontecimientos sucesivos en que se sitúa el evento que se identifica como daño. Lo relevante en estos casos es el momento temporal en que se pretende que se produce el daño, pues obliga a establecer el enlace causal hasta un punto u otro, no las características del daño o quién lo reclame.

Efectivamente, el comportamiento del profesional sanitario pone en marcha un curso causal que deriva en el falso negativo del que tienen conocimiento los progenitores. A partir de ahí, se sucede una serie de acontecimientos (la decisión de los progenitores en el caso del diagnóstico preconceptico –o la falta de decisión, en el caso del diagnóstico prenatal–, el nacimiento y la concreción en el niño de los defectos o enfermedades de los que se debía haber advertido a los progenitores) a lo largo de los cuales se van sucediendo los daños que se reclaman: la privación de la decisión acerca de la libertad de procreación y la facultad de aborto, el daño moral –si se acepta como tal daño– por la falta de preparación psicológica para tal evento, el daño por vivir y los daños patrimoniales y morales de rebote. Como se puede apreciar, algunos de esos daños se producen por eventos anteriores al nacimiento y a la concepción (los dos primeros) y otros son posteriores (los dos últimos); pero la distinción no corresponde plenamente a la diferencia entre las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, puesto que en el caso de las primeras los daños reclamados se sitúan en ambos momentos. Esto supondrá que cuando se analicen los daños que traigan causa de eventos anteriores al nacimiento lo dicho será únicamente aplicable a las acciones de *wrongful birth*; pero que lo que se analice sobre los daños posteriores a tal evento, será de aplicación a ambas acciones.

Lo importante desde el punto de vista de la causalidad, por tanto, no es quién reclama los daños, sino el momento causal en que se producen éstos. Se trata, pues, de ver hasta dónde se puede llevar la cadena de acontecimientos iniciada con el comportamiento activo u omisivo del profesional sanitario o el evento puesto a su cargo. Por este motivo, en el estudio de este elemento de la responsabilidad se va a atender principalmente al momento causal de cada daño (antes o después del nacimiento), más que a una división según cada acción de responsabilidad.

ría, desde un punto de vista causal, si respecto de daños que acaezcan en un mismo momento se afirmasen unos y se negasen otros.

3. La necesidad de distinción, sin embargo, no termina ahí. Aunque hasta el momento se han tratado de manera conjunta los casos de diagnóstico preconceptico, diagnóstico preimplantatorio y diagnóstico prenatal, desde el punto de vista de la relación de causalidad se ha de distinguir entre ellos. Pese a que esta distinción no suele realizarse entre los estudiosos del tema, el tratamiento unitario no es debido a que se considere por los autores como un mismo caso el falso diagnóstico producido en fase preconceptiva que el producido en fase prenatal. Más bien, la falta de distinción suele deberse a una falta de análisis conjunto de los supuestos en que se plantean estas acciones. Si bien, como se vio, se acepta que el supuesto de hecho de estas demandas de responsabilidad puede partir de diversos tipos de diagnóstico, la variedad de cuestiones a ellos aparejadas lleva a que los autores centren su atención en uno u otro caso —en la fase preconceptiva o en la fase prenatal—, por lo que no hay ocasión de establecer la distinción entre ellas desde un punto de vista causal.

Dicha distinción, sin embargo, es necesaria, ya que en los casos de diagnóstico preconceptico y preimplantatorio se añade un elemento más a la cadena causal, de gran relevancia —como veremos— para la solución que se haya de aportar en relación a los daños posteriores al nacimiento. Tal elemento es el embarazo, que se sitúa entre la decisión desinformada de los progenitores de concebir natural o artificialmente y el nacimiento en sí.

4. Finalmente, el análisis del nexo causal se deberá realizar de manera separada respecto de los supuestos de diagnósticos indirectos, a los que se ha hecho también referencia en capítulos anteriores. Las especiales particularidades de este supuesto de hecho serán las que justifiquen, como en su momento se dirá, que se deban estudiar al margen de los demás supuestos de diagnóstico erróneo o falso negativo.

1.2. La dificultad de establecer la relación de causalidad en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*

1. Como ya se ha advertido, resulta difícil establecer un nexo entre el comportamiento del profesional sanitario y el daño experimentado por los progenitores o por el niño a consecuencia del nacimiento o la concepción de este último. A fin de cuentas, no se trata de afirmar —como en un caso de lesiones prenatales— que el profesional sanitario causara el mal o defecto que sufre el niño, sino que es la falta de detección del mal o defecto del *nasciturus* o del *concepturus*, debida a una conducta del profesional sanitario (o a un evento

acaecido bajo su ámbito de control), la que tiene por resultado el falso negativo sobre el que se origina un daño. Tal punto de partida conlleva la necesidad de establecer en un primer paso una *relación entre el comportamiento o el evento en cuestión y el diagnóstico erróneo*, para posteriormente enlazar éste con el daño; actuación en dos etapas que sienta las bases de una de las principales dificultades aquí presentes.

2. Este daño, a su vez, se apoya sobre un presupuesto jurídico, como es la libertad de procreación o la existencia de una facultad de decisión en relación a la interrupción voluntaria del embarazo. De ahí que en el *iter causal* no se pueda partir de una aplicación material o fáctica pura, sino que haya que interpretar o completar tal información desde un punto de vista jurídico. La actuación del profesional sanitario priva a los progenitores del correcto ejercicio de una posibilidad que les ofrece el Ordenamiento (la libertad de procreación, la facultad de aborto), y a partir de ahí surgen los daños.

Por este motivo, una segunda parte del problema de estas acciones en materia de relación de causalidad se relaciona con el necesario manejo de criterios jurídicos junto a criterios fácticos, para comprobar si el falso negativo produce o no el daño reclamado.

3. Desde otro punto de vista, ya para acabar, hay que tener en cuenta que la intervención de una pluralidad de sujetos en el proceso de diagnóstico, a la que ya nos hemos referido en capítulos anteriores, dificulta la identificación del comportamiento o del evento en cuyo origen se encuentra el falso negativo. Esto contribuye, sin duda, a incrementar la complejidad de la apreciación de este elemento de la responsabilidad.

4. Todo ello deriva en una dificultad de encuadrar estos supuestos dentro del esquema tradicional de las teorías de causalidad, lo que a su vez dificulta la apreciación de la relación de causalidad entre el comportamiento relevante y el daño reclamado. De ahí que se afirme que este elemento es un obstáculo a la reclamación de responsabilidad de los progenitores y del niño.

Aquí, sin embargo, vamos a tratar de desentrañar el problema planteado y de afirmar la existencia de un nexo causal, en la medida en que ello sea posible, en los diversos supuestos de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life*. Para ello, partiremos de estudiar las teorías que se han opuesto por doctrina y jurisprudencia a la afirmación de un nexo causal; teorías que, como veremos a continuación, centran su atención en daños dife-

rentes de los que aquí se han propuesto, motivo por el cual no suponen un verdadero obstáculo al planteamiento desarrollado hasta el momento.

Posteriormente, centraremos el problema de la relación de causalidad en relación a los daños aquí estudiados, examinando a qué resultados lleva la aplicación de las teorías clásicas de la causalidad, para acabar tratando de determinar respecto de qué casos se produce el enlace causal con el comportamiento del profesional sanitario.

1.2.1. Los obstáculos al establecimiento de una relación de causalidad en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* según doctrina y jurisprudencia

1. Pese a que ya se ha indicado que la relación de causalidad se considera uno de los mayores obstáculos a la afirmación de una responsabilidad por *wrongful birth* o *wrongful life*, hay que advertir de que en realidad son pocos los autores que centran su estudio sobre este elemento. De hecho, en general no se tratan adecuadamente los graves problemas causales que existen entre el comportamiento dañoso y el daño. Por ello, junto a un mayoritario silencio sobre la cuestión, se encuentran diversos pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales que afirman o niegan de forma apodíctica su concurrencia en el caso concreto⁵.

2. Frente a ellos, se encuentran los argumentos de rechazo que, ciertamente, suelen ser objeto de mayor análisis; pero no por ello resultan más satisfactorios. El motivo reside en que suelen centrarse en la apreciación de obstáculos a la relación de causalidad que se manifiestan en realidad frente a daños distintos a los que aquí se han manejado como determinantes de este tipo de acciones; daños respecto de los que, por otra parte, ya se advirtió en el capítulo anterior que era la dificultad de establecer respecto de ellos una relación de causalidad lo que aconsejaba no considerarlos como presupuesto de las acciones de *wrongful birth* o *wrongful life*.

⁵ . Esto se puede comprobar fundamentalmente entre los autores que afirman sin más que existe un enlace causal entre el falso diagnóstico y el daño (sin plantearse cómo se enlaza el comportamiento dañoso con el falso diagnóstico y éste con el daño). Al margen del ya citado CECCHINI ROSELL (que da por supuesto la existencia de nexo causal en estos casos, *op. cit.*, p. 189), un ejemplo paradigmático de argumentación favorable apodíctica lo ofrece la jurisprudencia francesa, tanto a través de las sentencias de la *Cour de Cassation* de 26 de marzo de 1996 (que afirman sin más que la negligencia es la causa del nacimiento, y éste, del daño), como con la sentencia del caso Perruche (17 noviembre de 2000, donde se combina con la voluntad de la madre de abortar).

Pero el mismo problema se aprecia entre diversos autores extranjeros, como es el caso, entre la doctrina anglosajona, de KELLY (*op. cit.*, p. 516-518) y entre la francesa, de GAUTIER (*op. cit.*, p. 67), que se limita a afirmar: «la faute n'a pas causé le handicap, mais l'a rendu irrévocable».

3. Veamos, pues, esos argumentos de rechazo y su crítica:

1.2.1.1. La falta de causación del mal o defecto por parte del profesional sanitario

1. Como se enunció desde un principio, forma parte del supuesto de hecho de las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life* que la causa de la enfermedad o defecto que aqueja al niño una vez nacido no se encuentra en el comportamiento del profesional sanitario al que se pretende imputar la responsabilidad, sino que es debida a un evento natural o biológico, o a un comportamiento realizado por un tercer sujeto distinto del profesional demandado a través de estas acciones.

Por ello, se afirma en general que este sujeto, cuyo comportamiento «sólo» impide la detección del mal o defecto, no puede responder en estos casos, pues no es el causante del daño por el que se reclama en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*⁶.

2. La excepción a este punto de partida podría encontrarse, según PANTALEÓN PRIETO, en los supuestos de falsos diagnósticos negativos preimplantatorios, donde el profesional no se limita a no informar a los progenitores del mal o defecto, sino que contribuye activamente a la concepción del niño; concepción que se constituye como presupuesto a partir del que se desarrolla la lesión de éste⁷.

Ahora bien, aunque el comportamiento del profesional en estos casos pueda constituirse en el presupuesto de la lesión, es dudoso que pueda considerarse origen del mal o defecto que sufre posteriormente el niño, pues en los casos que aquí se plantean dicho mal proviene del material genético seleccionado, no de la actividad del profesional. Por ello, salvo que se afirme que tales defectos hayan de serle imputados al profesional sanitario (allí donde se manejen criterios de imputación de responsabilidad objetiva, o allí donde hayan

⁶. Ya se mencionó al estudiar en el capítulo anterior el argumento relativo a la identificación de los defectos o enfermedades del niño como daño, la opinión del estadounidense PACE (*op. cit.*, p. 153), a la que se ha de unir aquí la de WEBBER (*op. cit.*, pp. 10-11), cuando sostiene que hacer responder en estas circunstancias al profesional sanitario llevaría a una divergencia respecto de la responsabilidad tradicional, pues supondría imputarle un daño que no ha causado (y que no emana de un evento situado bajo su control), así como las ideas de FISCHER (*op. cit.*, p. 438); MAZEAUD (*op. cit.*, p. 333); PETERS y PETERS (*op. cit.*, p. 864) o SAINTE-ROSE (*op. cit.*, p. 318), que afirman de manera rotunda que los médicos no son responsables del mal o defecto: ni lo causan ni lo agudizan. Igualmente, entre la jurisprudencia estadounidense, en el caso *Gleitman v. Cosgrove* y *Azzolino v. Dingfelder*.

⁷. En este sentido, PANTALEÓN PRIETO afirma que la intervención activa del profesional sanitario ha de ser considerada suficiente para responsabilizarle por las malformaciones subsiguientes («Procreación...», pp. 273-274); razonamiento que apoya igualmente la opinión de GIESEN (*International...*, pp. 251, 637 y 671), que considera que en estos casos el daño se produce siempre bajo la esfera de control del profesional sanitario.

sido asumidos contractualmente los riesgos por estos daños), éste no debería responder por ellos⁸. Responderá exclusivamente por los daños derivados de la negligencia en el control y selección de dicho material, que son los que él ha podido causar.

3. En todo caso, hay que señalar que este argumento contrario a la afirmación de la relación de causalidad en las acciones aquí estudiadas guarda en realidad más relación con los casos de lesiones prenatales que con la responsabilidad que se pretende reclamar a través de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, pues establece un enlace respecto de un daño cuya reclamación es más propia de las primeras que de las segundas⁹.

De hecho, el presupuesto del que parte este razonamiento en relación a las acciones aquí estudiadas es innegable, pues responde precisamente al punto de partida que ya se indicó: no se puede reclamar un daño por el defecto o la enfermedad del niño, pues éste no deriva ni le es imputable al profesional sanitario. La crítica, sin embargo, ha de desplegarse respecto de las consecuencias que extrae este razonamiento a partir de tal punto de partida: que el médico no causara el mal o el defecto no significa que haya de quedar exonerado de toda responsabilidad; quedará exonerado del daño por la enfermedad o el defecto, mas no necesariamente de otros daños que no se enlacen directamente con tal evento¹⁰.

En concreto, si, como aquí se ha hecho, se parte de identificar el daño en un perjuicio distinto a la enfermedad o defecto del niño (la privación de la decisión sobre la inte-

⁸. Por otra parte, en relación a la posible imputación en el marco de una responsabilidad objetiva, habría que poner en duda hasta qué punto el defecto que procede del propio material genético empleado y no de la actividad desarrollada se puede considerar como un evento cuyo riesgo deriva de la actividad desarrollada (o si más bien parece un evento externo a ella y, por tanto, no imputable). La argumentación es, de hecho, similar a la que empleaba PLAZA PENADÉS (*op. cit.*, p. 159-160) para afirmar los riesgos del desarrollo como eventos de fuerza mayor y no de caso fortuito (los riesgos proceden de la enfermedad y no de la actividad desarrollada, por lo que son externos a ésta).

⁹. THOUVENIN (*op. cit.*, p. 412) pretende establecer un paralelismo en materia de relación de causalidad entre las acciones de lesiones prenatales y las de *wrongful birth* y *wrongful life*, al criticar el rechazo de estas últimas por comparación con la aceptación de las primeras. Sin embargo, este paralelismo no existe, pues el daño que se reclama en cada una de esas acciones es diferente: en los casos de lesiones prenatales ciertamente se reclama por la propia malformación o el defecto causado por la actuación del médico o de otro sujeto; pero en el caso de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* el daño reclamado se centra en otra serie de eventos, como son los que ya se han estudiado.

¹⁰. Este cambio de enfoque se encuentra presente en diversos autores. Así, por un lado, afirma ANDREWS (*op. cit.*, pp. 152-153) que el médico no es la causa próxima del defecto, lo que no significa que no sea responsable, como ocurre con otros casos de diagnóstico erróneo; la responsabilidad se trata de imputar por la propia actuación negligente que produce la falta de información, no por la malformación o el defecto en sí. Por otro lado, FURROW (*et al.*) indican con claridad que tal fijación de la relación de causalidad se equivoca en la naturaleza del daño, pues no es la enfermedad o el defecto (*op. cit.*, p. 916). Finalmente, DEWITT ROGERS (*op. cit.*, p. 734) pone de relieve que aunque el médico no causa ni agudiza los daños del niño, sí excluye la posibilidad de decidir; desvía, pues, la atención a otro tipo de daños.

rrupción del embarazo o la libertad de procreación, la falta de preparación psicológica de los progenitores, el hecho de vivir...), el obstáculo a la afirmación de la relación de causalidad desaparece. Sólo se podrá alegar frente a la reclamación de un daño por el hecho de la enfermedad o el defecto del niño¹¹.

4. Por ello, el rechazo de la relación de causalidad, si es que se produce, se tendrá que establecer respecto de los daños que realmente se reclaman en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, no respecto de eventos que, lejos de imputarse al profesional médico, se constituyen como punto de partida de estas acciones.

1.2.1.2. La causalidad hipotética o el curso causal no verificable

1. En aquellos casos en que se afirma la existencia de una relación de causalidad en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, el nexo causal suele apoyarse en la idea de que el comportamiento del profesional sanitario impidió que los progenitores optaran por no procrear o que la madre optara por abortar. Dicho de otra forma, de haberse detectado el mal o el defecto, el niño no habría nacido, motivo por el cual se afirma que el comportamiento del profesional sanitario que lleva al falso negativo es la causa del nacimiento¹².

¹¹ . De todas formas, hay que admitir que aunque tal reclamación no es aconsejable, en la práctica se ha producido en ocasiones. Por citar dos ejemplos, por un lado, se encuentra el caso sobre el que resolvió la SAP León de 15 de septiembre de 1998, en que se reclamaba indemnización por «los daños irreversibles producidos en la niña» (lo que critica el propio tribunal, pues el mal que afectaba a la niña era de tipo congénito) y, por otro lado, el caso que resolvió el Consejo de Estado en su Dictamen 2285/2000, de 21 de diciembre (en relación con el nacimiento de un niño deficiente mental por el síndrome del cromosoma x-frágil), en que se reclamaba indemnización por «los daños físicos, las secuelas y los daños morales» del niño, así como «los daños morales padecidos por los padres» (PÉREZ-TENESSA, *op. cit.*, p. 48). El Consejo de Estado negó la relación de causalidad sobre la base de que los daños invocados por los reclamantes no eran imputables a la Administración; afirmación que, si bien es correcta por lo que respecta a los daños físicos y las secuelas, no lo es por lo que respecta al daño moral del niño o de los padres (pues es un daño distinto de la propia enfermedad).

Entre la jurisprudencia extranjera un problema similar se planteó en el caso *McKay v. Essex*, en la medida en que los demandantes alegaban que la negligencia de los demandados provocó las lesiones: es decir, que de la negligencia no sólo resultó el nacimiento, sino el nacimiento con lesiones. Frente a ello, el Juez Stephenson negaba que las lesiones pudieran ser reclamadas como daño.

¹² . Tal es, como ya se dijo, el argumento que se esgrimió en el caso *Perruche* (sentencia de la *Cour de Cassation* de 17 de noviembre de 2000): el incumplimiento de los médicos a la madre impidió a ésta abortar y ocasionó consiguientemente el nacimiento del niño. Pero también se intuye en nuestro caso en autores como PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», p. 262), cuando asume que en ciertos casos «debe entenderse que, de haber actuado el médico con el cuidado exigible, los padres habrían optado por no tener el hijo que, en principio, deseaban».

En el ámbito anglosajón se trata de una solución frecuente en materia de responsabilidad por daños derivados de la información suministrada, en que se entiende existente una relación de causalidad cuando se acredita que, de haberse obtenido una información adecuada, se hubiera actuado de forma que se habría evitado el daño. Así, por ejemplo, parece exigirlo JACKSON («Action...», p. 562), que declara además que la prueba ha

2. Tal punto de partida, sin embargo, se enfrenta al problema que plantea la llamada causalidad hipotética o el curso causal no verificable¹³. No existe en estos casos relación de causalidad, se dice, porque no se puede saber realmente si la madre habría abortado o si los progenitores habrían decidido no procrear. La dificultad de semejante decisión, que supone no dar comienzo a una vida —o, sobre todo, terminar con una vida en curso—, los numerosos factores que se encuentran implicados (religiosos, ideológicos, morales, familiares, económicos, etc.) y la distinta relevancia que tengan cada uno de ellos en el ánimo de los titulares de la decisión impide que se pueda afirmar con certeza que realmente se hubiera adoptado la determinación de abortar o de no concebir. Pese a la gravedad de las lesiones que experimenta el niño, no se puede afirmar con seguridad qué habría decidido la madre; pues ni siquiera ésta podría saber a ciencia cierta qué es lo que habría hecho¹⁴. El curso causal que llevaría a evitar el daño es, por tanto, una mera hipótesis.

Éste es, de hecho, el argumento que más frecuentemente ha sido aludido para negar la relación de causalidad en estos casos. En concreto, ha sido mencionado entre nuestra doctrina por DE ÁNGEL YÁGÜEZ¹⁵ y, con mayor frecuencia, entre los tribunales¹⁶.

de establecerse respecto del caso concreto, no respecto de lo que habría hecho un paciente razonable, parámetro subjetivo con el que coinciden DOBBS (*op. cit.*, p. 793) y KEASLER FOUTZ (*op. cit.*, pp. 491-492).

¹³. La causalidad hipotética es definida por EMALDI CIRIÓN («La responsabilidad...», nota final 40; *El consejo...*, p. 255 nota 418), como «los casos en que la causalidad posible entre dos hechos no puede ser objeto de fundamentación científica-natural» (igualmente, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «La tercera...», p. 191 nota 8).

¹⁴. Efectivamente, la imposibilidad de afirmar con certeza el curso causal que se habría seguido no sólo aparece como tal frente a un observador externo imparcial, sino incluso frente a los propios titulares de la decisión, pues su situación *a posteriori* no es la misma que la que habrían tenido en el momento de la decisión. Esta idea es expresada con gran claridad por BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («7 de junio de 2002...», p. 864) cuando sostiene: «nadie puede afirmar en principio cuál sería la reacción de una determinada persona ante semejante dilema [...] Cabe hacer meras hipótesis, pero nada seguro [...] Únicamente quien se encuentra en el trance de tal decisión sabe finalmente cuál va a ser su opción, precisamente en el momento en que la asume, con mayor o menor grado de conciencia».

¹⁵. «Diagnósticos II...», pp. 146 y 149; *Responsabilidad civil...*, p. 165; «La segunda...», p. 127; «Responsabilidad...», p. 195 y «La tercera...», p. 191. Le sigue en este aspecto, entre otros, GALÁN CORTÉS («La acción...», p. 13; *Consentimiento...*, p. 330).

¹⁶. El Tribunal Supremo ha centrado la relación de causalidad en los tres casos de *wrongful birth* resueltos en el planteamiento de la opción que hubieran adoptado los progenitores. Sin embargo, el criterio que ha seguido a la hora de valorar este evento ha sido dispar, como han puesto de relieve recientemente algunos autores (ver en concreto BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «7 de junio de 2002», pp. 862-863 y MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU, «Sentencia...», pp. 1108-1109 y 1112).

Concretamente, si bien en la STS de 6 de junio de 1997 se estimó que la madre hubiera abortado, de haber conocido el problema del niño («si [la gestante] hubiera sabido, con el suficiente tiempo, el fracaso de las pruebas determinantes de la situación del feto dentro del límite legal, hubiera actuado en consecuencia y dentro del amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional, por lo que se hubiera prestado a la intervención médica de interrupción del embarazo»), en la de 4 de febrero de 1999, como *obiter dicta*, se calificaba de hipótesis la decisión de la madre («es una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo»), y en la de 7 de junio de 2002, como

3. Sin embargo, hay que advertir que estas objeciones son discutidas a través de la búsqueda de caminos alternativos para afirmar la certeza del nexo causal:

- Por un lado, se intenta deducir cuál habría sido la decisión de los titulares de la libertad de procreación o de la facultad de aborto. Así, se acude a criterios de probabilidad (criterio anglosajón *more probable than not*)¹⁷, o al juego de las presunciones, a través de las que se intenta demostrar, a partir de los hechos e indicios presentes en el caso, el sentido en que se habrían pronunciado los titulares de la decisión¹⁸. En concreto, se mantiene en ocasiones que el mero hecho de que la pareja, o la mujer sola, hubiera acudido a un diagnóstico preconceptico o prenatal es suficientemente revelador de una voluntad contraria al

ratio decidendi, se negó la relación de causalidad por considerarla basada en una simple conjetura («establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación [a la madre] de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas [...] No existe prueba [...] de la que pueda deducirse que, de haber conocido la gestante el estado del feto hubiera decidido interrumpir su embarazo. El hecho de que [la madre] manifestase al médico su preocupación, dadas sus condiciones personales, no supone que, de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome [Down], necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo»).

Del mismo modo, entre la jurisprudencia menor, esta idea se encuentra en la SAP de León, de 15 de septiembre de 1998 que declaraba *obiter dicta*, «[no] existe la certeza [...] de que, de haber conocido la existencia de la tara en tiempo hábil la madre hubiera decidido abortar». Por su parte, la SAP de Cádiz de 17 de septiembre de 2002 sigue a de Ángel Yáguez en la exposición del problema, si bien no resuelve sobre el tema de la relación de causalidad (respecto del que afirma que se trata de una mera hipótesis la decisión de la madre), sino que parece resolver más bien sobre la ausencia de culpa. Por último, en el ámbito administrativo, no hay que olvidar el Dictamen 3385/2000, de 21 de diciembre, en que el Consejo de Estado rechaza la existencia de una relación de causalidad, entre otras razones porque: «aun suponiendo que la [madre] hubiera tomado esta vez la decisión de abortar [...] todo eso no pasa de ser meras hipótesis que no autorizan a hacer responsable a nadie [...] de daños que no le son imputables».

¹⁷. En este sentido, en el derecho anglosajón es interesante el caso *Basten v. United States*, en que se acudió al uso de estadísticas para demostrar que la opción de los progenitores habría sido el aborto. Pero el recurso a la probabilidad es también acogido en otros ordenamientos. Así, por un lado, el *Conseil d'État* francés, en dictamen de 14 de febrero de 1997 indica que es probable que, ante la presencia de un defecto en el niño, se opte por abortar; declaración que comparte JOURDAIN al afirmar que si bien no hay certeza, es altamente verosímil que los cónyuges que habían acudido a un diagnóstico preconceptico respecto de la transmisibilidad de una enfermedad que afectaba a uno de ellos se habrían abstenido de procrear si hubieran conocido la probabilidad del riesgo («Le préjudice...», p. 625). Por otro lado, en Italia, lo sugiere FERRANDO («Nascita...», p. 221; *Libertà...*, pp. 200-201) en la medida en que indica que, aunque no se puede saber con certeza qué hubiera hecho la madre, la jurisprudencia se contenta con un juicio de probabilidad suficiente o regularidad estadística; la falta de certeza: «può supplirsi con un giudizio di ragionevolezza che consideri le circostanze del caso di specie in relazione ad indici statistici di ricorso all'aborto in presenza di patologie consimili».

¹⁸. La prueba por presunciones (artículo 386 LECiv 1/2000) es admitida de forma indubitada entre la doctrina mayoritaria en materia de responsabilidad médica (DE ÁNGEL YÁGUEZ, *Responsabilidad civil...*, p. 73; FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, p. 110; GÓMEZ CALLE, «El fundamento...», p. 1751), así como por la jurisprudencia (SSTS de 30 de julio de 1991, 4 de noviembre de 1992 y 23 de marzo de 1993).

En el ámbito concreto de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, DE ÁNGEL YÁGUEZ («La tercera...», p. 198) afirma que de lo que se trata es de que la mujer acredite que habría optado por el aborto. De no realizarse tal prueba, el autor considera que el tribunal puede establecer mediante presunciones que no lo habría hecho.

nacimiento de un niño enfermo¹⁹. En otras, en cambio, se requiere algún otro hecho o circunstancia añadida, pues se considera que el mero hecho de acudir al diagnóstico no presupone una decisión contraria a la vida, sino que puede manifestar un interés en conocer las probabilidades del riesgo o un procedimiento rutinario de seguimiento del embarazo²⁰.

Ahora bien, también hay quien se opone a la idea misma de acudir en estos casos a presunciones, ya que no se puede predeterminar un comportamiento humano que es libre y voluntario y que, consiguientemente, puede cambiar en su criterio, máxime ante la trascendencia de la decisión de aborto²¹. De hecho, el uso que se pretende en este caso de las presunciones no es exactamente el que normalmente cumplen, pues lo que aquí se trata de acreditar a partir de un hecho probado es un hecho que no se ha llegado a producir (hipotético), no un hecho ya producido respecto del que no se puede o no es necesario probar un

¹⁹. Así lo señala en concreto DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Diagnósticos II...», pp. 147 y 151; *Responsabilidad civil...*, p. 168 y «La segunda...», p. 130), al que siguen EMALDI CIRIÓN («La responsabilidad...», p. 1608; *El consejo...*, p. 256) y GALÁN CORTÉS («La acción...», p. 13; *Consentimiento...*, pp. 329-330).

Entre la doctrina francesa, expresa esta idea con claridad THOUVENIN (*op. cit.*, p. 404: «la femme qui demande une amniocentèse veut connaître l'état de l'enfant afin que soit pratiqué éventuellement une ITG» [*interruption thérapeutique de grossesse*]), así como JONAS (*op. cit.*, p. 17). Igualmente, el ya referido Dictamen del *Conseil d'État* francés de 14 de febrero de 1997 declaró que con el hecho de someterse a amniocentesis la mujer: «avait clairement manifesté sa volonté d'éviter le risque».

En Alemania, señalan FISCHER (*op. cit.*, p. 435) o WEBER (*op. cit.*, p. 32) que la doctrina del BGH en estos casos aplica una especie de prueba *prima facie* derivada del sometimiento a ciertas pruebas prenatales, por la cual este hecho demuestra la intención de interrumpir el embarazo (sentencia de 7 de julio de 1987). El último autor, sin embargo, pone en duda que tal seguridad se cumpla en el caso concreto, ante la variedad de factores en juego que inciden en la decisión de la madre.

²⁰. Como destaca FORTUNÉ-CAVALIÉ (*op. cit.*, p. 18), la decisión puede ejercitarse en sentido positivo o negativo y, por tanto, el hecho de conocer del defecto no ha de determinar directamente la intención de terminar con el embarazo. Tal afirmación es correcta, pues lo contrario llevaría a suponer una posición favorable en todo caso a la evitación del nacimiento de criaturas enfermas o malformadas, que se acercaría a un principio de eugenesia ausente en nuestro Ordenamiento. La decisión sobre la procreación y sobre el aborto es libre y puede adoptarse de acuerdo con el criterio que los titulares consideren relevante. El estado de salud del futuro descendiente, en este aspecto, es sólo uno de los criterios que se pueden tener en cuenta.

A partir de esta idea, se requiere algo más para afirmar una voluntad favorable a la interrupción del embarazo o la no concepción. En concreto, estas circunstancias añadidas pueden referirse a declaraciones de los progenitores previas o simultáneas al proceso de diagnóstico sobre la voluntad de interrumpir el embarazo (como ocurrió en el caso Perruche —sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 17 de noviembre de 2000—, en que resultó probado que la mujer había manifestado su voluntad de abortar en caso de que se constatare el riesgo de haber contraído la rubéola), o a la existencia en la familia de hijos mayores afectados por el mal que se pretendía detectar a través del diagnóstico. DOBBS (*op. cit.*, p. 793), que exige la acreditación por la madre de que habría abortado, deja abierto con arreglo a qué medios puede acreditar tal extremo.

En presencia de estas circunstancias añadidas, JONÁS (*op. cit.*, pp. 17-18) y JOURDAIN («Le préjudice...», p. 626) parecen hablar de la existencia de certeza en el curso causal, mientras que en el caso contrario sólo se trata de una probabilidad que ha de ser indemnizada como *perte de la chance*. Tal distinción la reflejan a la hora de fijar la indemnización que en el primer caso será plena, pero no en el segundo.

²¹. Tal es el caso de BUSTOS PUECHE (*op. cit.*, p. 1700), quien además critica como arbitrario el pronunciamiento del que partía la STS de 6 de junio de 1997 que declaraba que la mujer habría abortado, de haber co-

enlace causal²². Se trata, pues, de aventurar un resultado posible a partir de los indicios que ofrecen comportamientos anteriores, lo cual se corresponde más bien con el concepto común de «presunción» que con el jurídico. Por ello, sin perjuicio de que se pueda acudir a las presunciones en otros casos, no son el instrumento adecuado para lo que aquí se plantea.

- Por otro lado, se establece en ocasiones en Estados Unidos la relación de causalidad sobre la base de la declaración de los titulares de la facultad de decisión²³. Entre nuestros autores, la misma idea la recoge, en concreto, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, que considera dicha declaración como presupuesto necesario de la demanda de *wrongful birth*, en tanto que la mujer ha de adoptar una determinada posición con respecto del aborto²⁴. A esto añade que se trata de una declaración de la que no se puede dudar ni contradecir como tal, y que ha de entenderse que sirve para invertir la carga de la prueba²⁵.

nocido del defecto del niño (pp. 1699-1700). Por otra parte, critica SEYMOUR (*op. cit.*, p. 95) el grado de especulación que afronta el tribunal en estos casos cuando se plantea si la mujer habría o no abortado.

²². La prueba por presunciones es aceptada en nuestro Ordenamiento, como una vía que facilita la prueba de hechos, no de meras hipótesis. Frente a ello, lo que se pretende en estos casos no es acreditar un hecho, sino una suposición: a partir de un hecho probado (haber acudido al diagnóstico preconcepcivo o prenatal o haberse declarado a favor del aborto), se presume la certeza —conforme a las reglas del criterio humano (la idea soterrada de la gravedad de la carga de tener un niño discapacitado)— de otro evento, que en nuestro caso es una mera hipótesis (que la mujer habría abortado o que los progenitores no habrían concebido). De ello deriva una función distinta a la que cumplen estos instrumentos de facilitación de la prueba.

²³. En relación a las acciones aquí estudiadas, DEWITT ROGERS (*op. cit.*, p. 734) afirma la responsabilidad frente al niño, sobre la declaración de los progenitores de que habrían abortado, lo cual reitera posteriormente respecto de la demanda de *wrongful birth* (p. 750). En el mismo sentido, en el caso *McKay v. Essex AHA*, el Juez Stephenson otorgó valor a la declaración de la mujer sobre su intención de abortar como vía para considerar acreditado este resultado.

²⁴. «Diagnósticos II...», pp. 149-151; *Responsabilidad civil...*, pp. 167-168; «La segunda...», pp. 130-131 y «La tercera...», p. 191. Dice el autor en concreto: «es elemento necesario, pero no suficiente, el que aquélla pudiera haber abortado legalmente. Considero que es imprescindible que declare que lo habría hecho [...] Lo delicado de los aspectos que aquí están en juego exige que por parte de esa madre exista, por lo menos, el compromiso moral que supone tomar posición ante el aborto y responsabilizarse de ella [...]»; opinión con la que parece coincidir EMALDI CIRIÓN («La responsabilidad...», p. 1608; *El consejo...*, p. 256), así como, entre los autores italianos, DASSIO (*op. cit.*, p. 112), cuando proclama que en caso de que la mujer hubiera declarado que abortaría: «è difficile nutrire dei dubbi sull'esistenza del rapporto causale considerato che il comportamento diligente del medico avrebbe almeno in linea di principio impedito la nascita del bambino malato».

En contra, Díez-PICAZO GIMÉNEZ (*op. cit.*, p. 1705) critica la necesidad de este compromiso moral suplementario, puesto que se trata de un elemento ajeno al juicio de responsabilidad e innecesario que, por otro lado, queda demostrado ya suficientemente con la interposición de la demanda. A esto hay que añadir que lo que se intuye detrás de la exigencia de este compromiso moral es una creencia de que si la mujer fuera realmente contraria al aborto no declararía que habría abortado, evitando con ello la demanda de *wrongful birth*. Ahora bien, sin ánimo de mostrar cinismo —sino una cierta dosis de realidad—, tal creencia, arraigada en la idea de la bondad y sinceridad humanas, ha de ser puesta en duda cuando la declaración en un sentido o en otro puede ser la justificación para la concesión o denegación de una indemnización.

²⁵. DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Diagnósticos II...», pp. 149-151) sostiene en concreto: «Creo así mismo que la manifestación de la madre no puede ser puesta en tela de juicio [...]; su manifestación al respecto es suficiente, sin que, por ejemplo, pueda ser rebatida mediante el argumento de que su trayectoria personal revela unas

Sin embargo, el valor de este tipo de declaraciones es puesto en duda generalmente en el propio país en que tal argumento es acuñado, pues se dice que se trata de alegaciones de circunstancias, esto es, declaraciones parciales que se ven influidas por motivaciones económicas (el deseo de obtener una indemnización con la que hacer frente a la situación en que se encuentra el niño), cuya validez como criterio a partir del cual constatar cuál habría sido la actuación de la madre o de ambos progenitores debe ser negada²⁶. Si bien es cierto que únicamente la propia mujer o los progenitores puede declarar qué habría escogido en el caso concreto, la decisión *a posteriori* no tiene el mismo valor que *a priori*. Cuando ya no hay nada que perder es más fácil adoptar una determinada decisión. A esto se une el hecho de que la declaración en un sentido positivo contribuye a la consecución de la responsabilidad reclamada por la mujer, motivo por el cual es lícito desconfiar de la veracidad de tal declaración²⁷.

convicciones morales que hacen inverosímil que hubiese abortado si hubiera conocido un diagnóstico correcto sobre la dolencia» (igualmente, en «La tercera...», p. 191).

Frente a ello, declara SAINTE-ROSE (*op. cit.*, p. 317) que la declaración de la madre: «ne saurait constituer une présomption irréfragable. La femme peut toujours se raviser. C'est cela aussi sa liberté». Por ello, según este autor, es una mera hipótesis.

²⁶. Especialmente expresivas son las palabras de SYMMONS, cuando se refiere al miedo a las demandas fraudulentas en Estados Unidos: «it arises from the fact that recovery for damages hinges on the alleged "biased" testimony of the parents that they did not intend to have the child [...]. The temptation of parents to bring a "gold-digging" action was considered, and taken note of, in *Rieck* [v. Medical Protection Co.], where it was stated that at the time of trial it was entirely predictable that parents, in their "subjective testimony" might be tempted to invent and intent to terminate pregnancy where a diagnosis of pregnancy was not "timely made" or at least "to deny any possibility of change of mind before the action contemplated was taken"» (*op. cit.*, pp. 288-289). De forma más atenuada, BOPP, BOSTROM y MCKINNEY (*op. cit.*, p. 513) y TAUB (*op. cit.*, p. 214), se limitan a poner de relieve el alto potencial de fraude implícito en estas declaraciones, y SEYMOUR expresa sus dudas sobre dicho testimonio en algunos casos (idea que desarrolla en pp. 266-268).

Entre la jurisprudencia estadounidense son varios los casos en que se destaca también este peligro. Destacan entre ellos *Azzolino v. Dingfelder* («the temptation will be great for parents, if not to invent such a prior desire to abort, to at least deny the possibility that they might have change their minds and allowed the child to be born even if they had known of the defects it would suffer»); *Howard v. Lecher* («Wrongful birth is a cause based on an after-the-event contingency which plaintiffs make operable by the operations of their mind») y *Wilson v. Kuenzi* («in the wrongful birth action, the right to recovery is based solely on the woman testifying, long after the fact and when it is in her financial interest to do so, that she would have chosen to abort if the physician had but told her of the amniocentesis test. The percentage of women who under pressure refuse to consider abortion, whether for reasons of religious belief, strong motherly instincts or for other reasons, is sometimes astounding»).

²⁷. Existen, no obstante, autores que reafirman la confianza en la declaración de la mujer pese al riesgo expuesto. Tal es el caso de COHEN (*op. cit.*, p. 230), que parece confiar en que en el caso concreto se determine la veracidad o falsedad de la declaración en cuestión, o GOLD, que destaca en general que el juicio de la mujer respecto de las decisiones relativas a la salud y a la reproducción ha sido históricamente minusvalorado por un incremento del paternalismo médico, que hace que no se tenga igualmente en cuenta su decisión (irreflexiva, emocional, inmadura) respecto de la del hombre (*op. cit.*, pp. 1006-1011).

Por todo ello, sin despreciar el valor de una declaración por parte del titular de la facultad de aborto o de la libertad de procreación, parece más adecuado no basar toda la prueba de la relación de causalidad en estos casos en la declaración del demandante.

4. Se acepten o no estas vías alternativas de afirmación de la relación de causalidad, lo que ha de dejarse claro respecto de la objeción a la que se enfrentan es que ésta no niega en su conjunto la relación de causalidad en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, sino que únicamente la pone en duda para los casos en que se reclama como daño el no haber abortado o haber concebido al niño.

En cambio, cuando —como en nuestro caso— el daño se identifica en otra serie de eventos que no requieren como presupuesto la alegación de que la mujer hubiera abortado o los progenitores no hubieran concebido, la objeción pierde su fuerza. Qué habría hecho la madre resulta, en principio, indiferente, puesto que lo que ella reclama es que no se le permitió decidir, que no pudo prepararse para el nacimiento del niño discapacitado, que éste sufre por vivir o que tal vida genera un daño moral y una serie de gastos²⁸. El daño se fija en tal privación y no en las hipotéticas consecuencias ulteriores. Y, puesto que no se trata de una misma cosa, no es posible aplicar las mismas objeciones que se plantean a la indemnización de tal daño desde el punto de vista de la relación de causalidad²⁹.

5. No obstante, hay que admitir que en relación a la reclamación de daños posteriores al nacimiento, esta objeción puede tener relevancia —como veremos posteriormente— en aquellos casos en que el curso causal que lleva al nacimiento queda sometido a la incertidumbre de lo que hubiera hecho en el caso concreto la madre de haber tenido a su disposición la facultad de aborto —o ambos progenitores, de haber podido decidir libremente sobre la procreación—; así como en cualquier supuesto en que la imputación de responsabilidad quede condicionada a la hipotética actuación de estos sujetos en uso de tal libertad o facul-

²⁸ . De hecho, BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («4 de febrero de 1999...», p. 858) señala que no es relevante en las acciones de *wrongful birth* o *wrongful life* que los padres hubieran optado o no por seguir adelante con el embarazo. Lo relevante es que en tal caso habrían asumido consciente y libremente esa carga material y moral que deriva del nacimiento de una niña discapacitada. Cuando tal carga se produce indebidamente de forma inesperada, sin haber podido decidir al respecto, la misma se convierte en daño.

²⁹ . Es cierto, sin embargo, que no siempre se ha distinguido correctamente y que incluso autores que parten de la identificación del daño en la privación de la decisión de aborto o de la libertad de procreación afirman la relación de causalidad sobre la consideración de lo que habrían hecho los progenitores de haber podido decidir (en este sentido, por ejemplo, CAPRON, pese a identificar el daño en la privación de la decisión, a la hora de establecer la relación de causalidad afirma que los padres habrían acudido a través de diversos medios a evitar el daño; *op. cit.*, p. 643). Por tanto, hay que ser coherentes.

tad³⁰. De ahí que en tal punto haya que recordar tanto la crítica al establecimiento de una relación de causalidad, como los argumentos alternativos para su afirmación

1.2.1.3. La conducta alternativa conforme a derecho

1. Como variante de los dos razonamientos anteriores (pero fundamentalmente, como variante o complemento del segundo), se suele alegar en contra de la relación de causalidad de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* que el profesional sanitario no causa el daño por el que se reclama, puesto que éste se habría producido igualmente aunque el profesional sanitario hubiera actuado diligentemente (las malformaciones se habrían seguido manifestando en el niño, la madre habría abortado...).

Con ello se da entrada en este ámbito a la teoría alemana de la conducta alternativa conforme a derecho, o comportamiento alternativo lícito (*rechtmässiges Alternativverhalten*), que refleja en realidad un problema de imputación objetiva³¹. En estos casos se afirma que si el profesional sanitario demuestra con certeza o con probabilidad rayana en la certeza que aunque él hubiera actuado diligentemente, la madre habría optado igualmente por no abortar, o ambos progenitores por concebir; o que, en definitiva, el daño reclamado se ha-

³⁰. Por otra parte, hay que destacar que MARTÍN CASALS (*op. cit.*, pp. 207-208) emplea este tipo de argumentaciones no en materia de relación de causalidad, sino de cara a la fijación de la indemnización («As the failure to inform the expectant mother deprives her from the opportunity to take the decision whether to abort or not and this is the interest that would be legally protected by the action of wrongful birth, it does not seem immaterial for establishing liability to argue about what she would have done or not. The proof that the mother would have not aborted could have some relevance in relation to the damages recoverable»).

³¹. Así lo afirma PANTALEÓN PRIETO, ya que el nexo causal no se pone en duda en estos casos conforme a la teoría de la *condicio sine qua non* (*Tesis...*, pp. 82-85). En el mismo sentido parecen manifestarse autores como MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Sentencia...», p. 1113): «más que de causalidad, el problema es de imputación objetiva y, en el supuesto concreto que analizamos, se asocia además con un supuesto de causalidad omisiva». Por tanto, el problema que surge aquí no es de causalidad fáctica, sino que lo que se ha de determinar es si se le ha de imputar o no el daño al causante del mismo; problema que PANTALEÓN PRIETO resuelve conforme al criterio que posteriormente veremos de incremento del riesgo cuando se pretende fundamentar la responsabilidad en una norma general o especial de cuidado: no responderá el agente causante del daño cuando la conducta desarrollada no haya aumentado por encima de lo permitido el riesgo de acaecimiento del evento producido (*Tesis...*, especialmente, p. 114; «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil*, Volumen II, Centro de estudios Ramón-Areces, Madrid 1990, pp. 1577-1579).

Pese a ello, aquí hemos preferido tratarlo junto con la relación de causalidad material o fáctica, no sólo porque se presente (erróneamente) como tal criterio, sino fundamentalmente por la relación que guarda con los otros dos razonamientos expuestos.

bría producido de todas formas, la responsabilidad habrá de negarse (pues no se ha incrementado el riesgo de producción de un evento dañoso como el acaecido)³².

2. Inevitablemente, para realizar esta prueba ha de acudirse –al igual que para la prueba contraria– a indicios y presunciones, ya que no es posible acreditar directamente cuál habría sido tal comportamiento, pues únicamente lo conocen los implicados (e incluso éstos tampoco lo pueden afirmar con total certeza, puesto que no es lo mismo *a posteriori*, que *a priori*). Por ello, este tipo de argumentación se enfrenta a los mismos problemas que ya se veían respecto del caso anterior.

Pero a éstos se añaden otros, derivados de aquello que se ha de acreditar precisamente a través de tal prueba por el profesional sanitario. De hecho, la relación entre el contenido de esta prueba y su incidencia en el ámbito de la intimidad –de la mujer y de los progenitores– ha llevado a dudar a MARTÍN CASALS su admisión³³.

3. Pese a todo, esta objeción a la relación de causalidad ha sido, de hecho, aplicada (como lo demuestra la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002). Ahora bien, MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU critican que, cuando esta doctrina se aplica, se hace «a gusto del demandado», esto es, otorgando relevancia sin más a su afirmación de que aunque hubiera actuado diligentemente, el daño no se habría evitado³⁴. De hecho, no suele exigirse la

³². Sirvan de ejemplo, DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Diagnósticos II...», pp. 146-148 y «Responsabilidad...», p. 196); CARUSI (*op. cit.*, p. 372); EMALDI CIRIÓN («La responsabilidad...», p. 1608; *El consejo...*, p. 256) o FRANZKI (*op. cit.*, p. 1184). PANTALEÓN PRIETO plantea esta prueba en relación con la concepción a través de técnicas de reproducción asistida, aunque señalando que las exigencias de esta prueba serán muy rigurosas («Procreación...», p. 252: «probablemente el médico podrá exonerarse probando (con probabilidad casi de certeza) que habrían realizado igualmente el tratamiento»). Pero también es una idea sostenida entre la doctrina extranjera, como es el caso de OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 75).

³³. Afirma en concreto este autor (*op. cit.*, p. 208): «So in principle, the doctor would be liable for all the damages, but if he could prove that the mother would not have aborted, she could not recover the extra costs of bringing up the disabled child, nor the pecuniary and non-pecuniary losses associated to his birth. But it is dubious whether such a proof, which would affect her privacy so intensively, should be admitted or not».

Y es que, en la medida en que se trata de acreditar ideologías y circunstancias del titular de la decisión sobre las cuales, además, no existe un deber de declarar (conforme al artículo 16 CE), la prueba resulta difícil. Si a esto se le añade que la propia demandante puede declarar que habría abortado y que es muy difícil desvirtuar esta toma de posición por su parte, pretender que lo que se realiza es una inversión de la carga de la prueba es una manera eufemística de apoyar la aceptación de la demanda (ya que difícilmente se podrá llevar a cabo la prueba exoneratoria).

³⁴. «Sentencia...», pp. 1113-1114. Según los autores, tal fue, de hecho, lo que ocurrió en la STS de 7 de junio de 2002, donde, lejos de establecerse prueba al respecto, se partió sin más de que la mujer que interpuso la acción de *wrongful birth* no quería abortar (idea que parece compartir CECCHINI ROSELL, que critica esta afirmación apodíctica del Tribunal Supremo, *op. cit.*, p. 189). Junto a ello, critican los autores la propia aplicación de esta doctrina, en tanto que a través de ella se podría permitir que el profesional sanitario se beneficiara del incumplimiento por su parte del deber de información, que se establece en beneficio de la autodeterminación del paciente.

prueba requerida de que la mujer habría optado en todo caso por evitar el aborto o los padres por la concepción; prueba que, por otra parte, le correspondía al demandado, pues es una alegación que se constituye como «excepción material»³⁵. Por ello, la aplicación práctica de este argumento resulta insatisfactoria.

4. De todas formas, aunque esta crítica es correcta y ha de partirse sin duda alguna de que allí donde se pretenda realizar este tipo de alegaciones en contra de la responsabilidad del demandado, éste deberá probarlas –pues así corresponde a las reglas generales de la carga de la prueba–, en todo caso hay que afirmar que estos argumentos tampoco contradicen la línea aquí desarrollada respecto de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Por el contrario, se trata de nuevo de argumentos que discuten la responsabilidad en relación con el daño consistente en no haber abortado o en haber decidido concebir.

En este sentido, la aplicación a nuestro caso de la conducta alternativa conforme a derecho debería establecerse sobre el propio daño reclamado. De esta forma, para negar la responsabilidad se debería acreditar que aunque el profesional sanitario hubiera actuado diligentemente, los progenitores igualmente se habrían visto privados de su facultad de decisión sobre la procreación o sobre la interrupción del embarazo. El sentido hipotético de esta decisión es un acontecimiento posterior al evento dañoso que no debería influir en la relación de causalidad con respecto del mismo³⁶, aunque posteriormente veremos su trascendencia en otro tipo de contextos, especialmente en relación a los daños que derivan de eventos posteriores al nacimiento.

1.2.2. La aplicación de las teorías tradicionales de causalidad

³⁵. MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU («Sentencia...», pp. 1113-1114). Entre la doctrina alemana, UHLENBRUCK y LAUFS, así como LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, respectivamente, pp. 375-376 y p. 521) afirman sin lugar a dudas que la alegación de que la mujer no habría optado por el aborto requiere la prueba por parte del profesional médico («behauptet der Arzt im Prozeß, die Geschädigte hätte sich trotz ordnungsgemäßer Aufklärung über ein ungünstiges Testergebnis nicht für einen Schwangerschaftsabbruch und damit für eine Vermeidung des Schadens entschieden, so trifft insoweit ihn die Beweislast»).

³⁶. Como resalta BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («7 de junio de 2002», p. 864), «no es necesario que la madre alegase su propósito de abortar. Lo importante es que no tuvo ocasión de decidir como consecuencia de la negligencia de la atención médica recibida». Tras ello concluye que «tener que alegar o tener que probar la intención de abortar en semejantes casos supone desvirtuar el derecho o facultad de opción de la madre, reduciendo su ámbito y eficacia injustificadamente» (p. 865). El autor, no obstante, llega a admitir –aunque con dudas– la posible prueba en contra de la intención de la madre, si bien no explica por qué. Tal afirmación, sin embargo, no es coherente, pues ello no impide que se haya privado a la mujer de su decisión. Otra cosa sería respecto de los daños posteriores, pues en relación a ellos tal prueba puede ser relevante en la medida en que demuestra la falta de relación de causalidad con respecto de los mismos.

1. Rechazadas las objeciones generalmente barajadas para negar la existencia de una relación de causalidad en el caso de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, el estudio de tal elemento ha de hacerse desde su base, comprobando si es posible o no afirmar un nexo causal de acuerdo con las teorías tradicionales aplicadas a este requisito de la responsabilidad. Como ya se ha avanzado, esta tarea resulta complicada, pues son muchos los factores que confluyen y que alejan el supuesto de hecho sobre el que se plantea este tipo de demandas de un caso normal de afirmación de un principio de causa-efecto. Por ello, hay que avanzar que las teorías tradicionales de responsabilidad no permiten afirmar generalmente la relación de causalidad en relación con este tipo de acciones, especialmente cuando el daño reclamado se identifica en eventos posteriores al nacimiento.

2. Esto no significa que la afirmación de la causalidad resulte imposible, pero sí que es necesario aplicar una serie de matices respecto de los casos normales de responsabilidad. Con ello, se sienta una nueva duda respecto de la conveniencia de emplear la responsabilidad civil. En concreto, la cuestión que se suscita es si tales matices no distorsionan en exceso la acción de responsabilidad y sus requisitos hasta hacerla irreconocible. Si tal cuestión se respondiera en sentido afirmativo, habría que plantearse si no sería más adecuado acudir a otro tipo de vías para resolver la problemática suscitada en estos casos. Queda de momento apuntada la cuestión, sin perjuicio de que la respuesta haya de constatarse al final.

3. Por el momento, vamos a analizar cómo se aplican y dónde fallan las teorías tradicionales de la causalidad en los diversos supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*, a fin de ver si el fallo es total o si estos criterios pueden tener utilidad en algún caso.

1.2.2.1. La fórmula de la *condicio sine qua non*

1. En esencia, esta fórmula es una de las empleadas en el marco de la teoría de la equivalencia de las condiciones (que afirma la existencia de una relación de causalidad cuando el comportamiento del sujeto es uno de los antecedentes del daño, aunque entre tal comportamiento y el daño hayan mediado otros acontecimientos numerosos y de entidad³⁷), junto con la fórmula de la «condición ajustada a las leyes de la experiencia científica»³⁸.

³⁷ . Así la define, por todos, DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Tratado...*, p. 754).

³⁸ . A ella hace referencia PANTALEÓN PRIETO («Causalidad...», p. 1561; «Artículo 1902...», p. 1982); pero no otros autores como CUEVILLAS MATOZZI (*op. cit.*, pp. 81-82) que asocian la teoría de la equivalencia de las condiciones únicamente a la fórmula de la *condicio sine qua non*.

2. La fórmula de la *condicio sine qua non* —que ha sido bastante criticada pues extiende demasiado el concepto de causa³⁹ y resulta insuficiente para resolver determinados problemas de causalidad⁴⁰— afirma la existencia de un nexo causal en aquellos casos en los que, suprimido mentalmente el comportamiento del responsable, se comprueba que el resultado dañoso no se habría producido⁴¹.

Su aplicación a las acciones aquí estudiadas produce, sin embargo, resultados insatisfactorios, sea cual sea el daño respecto del que se pretenda aplicar. Cuando en el supuesto de hecho planteado se suprime mentalmente el evento dañoso que se sitúa en la cadena de actuaciones necesarias para la elaboración del diagnóstico (entendido tal evento como una de las actuaciones integradas en dicho proceso, necesarias para su correcta conclusión), de manera que se supone que éste no hubiera intervenido en el proceso de diagnóstico que derivó en el falso negativo, el resultado es igualmente el falso negativo⁴². Pero

³⁹ . Tal crítica resulta generalizada en todos los ordenamientos en que tal teoría se plantea. Así, se recoge por SPIER y HAAZEN (en las conclusiones del estudio comparativo del *European Group on Tort Law, Unification of Tort Law: Causation*, Editado por J. Spier, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston 2000, p. 151), así como por el comparatista VON BAR (*Vol. II*, p. 459).

Junto a ello, otra importante crítica es que no aprehende inmediatamente la relación de causalidad, sino que la presupone lógicamente (PANTALEÓN PRIETO, *Tesis...*, pp. 53-55 y «Causalidad...», p. 1562 nota 2: «sólo cuando se sabe ya que existe un nexo causal entre una determinada condición y el resultado, puede afirmarse que, sin la condición, dicho resultado no se habría producido. Cuando, por el contrario, se desconoce la virtualidad causal de la condición en cuestión respecto del resultado, el procedimiento de supresión mental no puede proporcionarnos ninguna luz sobre si aquella ha tenido o no algún influjo sobre éste»; idea que repite en «Artículo 1902...», p. 1983).

⁴⁰ . Los problemas se plantean, en concreto, en dos casos:

- Causalidad hipotética: el curso causal que produce el daño, puesto en marcha por el posible responsable, impide que otro curso causal (causa hipotética o de reserva) lo produzca en la misma forma, tiempo y lugar (PANTALEÓN PRIETO, *Tesis...*, pp. 52-53; «Causalidad...», p. 1562 nota 2 y «Artículo 1902...», p. 1983).

- «Causalidad concurrente o alternativa»: dos sujetos desarrollan comportamientos suficientes como para causar el daño que se ha producido, de manera que la supresión mental de la intervención de uno de ellos no eliminaría el daño, puesto que, ante la intervención del otro curso causal, el daño seguiría produciéndose (CUEVILLAS MATOZZI, *op. cit.*, pp. 83-84; PANTALEÓN PRIETO, *Tesis...*, pp. 48-52 y «Causalidad...», p. 1561 nota 2). Hay que advertir, no obstante, que, entre otros, Díez-PICAZO (*Daños...*, p. 315-317) trata este tipo de problemas como un tema de identificación del daño al que se enfrentan los partidarios de la teoría de la diferencia, que se ven incapaces en estos casos de afirmar un daño.

⁴¹ . Como señalan CUEVILLAS MATOZZI (*op. cit.*, p. 81-82) e YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, pp. 188-189), la teoría de la equivalencia de las condiciones, elaborada por Von Buri en 1860, parte del presupuesto de que todas las condiciones son del mismo valor en la producción de un hecho dañoso («el que es causa de la causa es causa del mal causado»), de manera que aunque falte una sola, el suceso no habría acaecido, de ahí que la supresión mental de una de ellas, que derive en la eliminación del resultado dañoso, indica su contribución causal al mismo. En el derecho anglosajón, esta teoría se conoce a través de la regla «but for» (ver al respecto, PROSSER y KEATON, *op. cit.*, pp. 265-266).

⁴² . Frente a ello, JOURDAIN («Réflexions...», p. 337) afirma la relación de causalidad en aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones, partiendo de la idea de que la madre habría abortado. Aunque ello conlleva un grado de incertidumbre, tal grado es usual, según la autora, en materia de relación de causalidad.

esto no es una confirmación, como podría parecer en una primera impresión, de que haya que negar la contribución causal del profesional sanitario a estos daños. Por el contrario, se debe a la propia variedad de los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*: como ya se dijo, las omisiones de comportamiento pueden también ser origen de este tipo de acciones y dan lugar también a falsos negativos.

De esta forma, cuando se suprime mentalmente la intervención en el supuesto de hecho de una actuación necesaria para el proceso de diagnóstico, tal supresión equivale a una omisión del comportamiento por parte del agente, omisión que tiene por resultado igualmente el falso diagnóstico⁴³. La supresión mental del evento que se dice que ha causado el daño no evita, por tanto, el falso diagnóstico del que surgen los daños.

Curiosamente, sí funciona correctamente la fórmula aquí expuesta en aquellos casos en que el diagnóstico erróneo procede de un acontecimiento externo al proceso de diagnóstico, pero que incide en él, alterándolo. Tal es el caso de que el falso negativo derive de caso fortuito o de fuerza mayor: suprimido mentalmente tal evento, sí se altera el resultado, pues se permitiría la formulación o comunicación del diagnóstico en términos de corrección. El problema surge, por tanto, solamente cuando el evento que se dice relevante para la causación del daño procede del comportamiento del profesional sanitario responsable o de alguno de los eventos bajo su control integrados en el procedimiento⁴⁴.

3. Ante esto, ha de admitirse que fracasa en general la aplicación pura de la teoría de la *condicio sine qua non*, pues el propio planteamiento en que se sitúan estas acciones impide que la sustitución de un comportamiento activo por la idea de su falta de intervención en el supuesto de hecho lleve a la negación del resultado.

Ahora bien, como ya se ha visto, el presupuesto de que parte no es del todo adecuado; pero además, esta aplicación no tiene en cuenta las características del caso, tal y como aquí se describen.

⁴³ . Por poner una serie de ejemplos, que esperamos que expresen con claridad lo que se trata de manifestar, el mismo falso negativo se puede producir si el profesional sanitario prescribe pruebas inadecuadas o si se supone mentalmente que no prescribiera prueba alguna; si practica mal la prueba o si se suprime mentalmente tal práctica; si comunica un diagnóstico erróneo o si se supone que no lo comunica. En todos los casos se puede afirmar que el resultado es un falso negativo. Por tanto, la supresión mental de la condición respecto de la que se pretende averiguar su contribución causal, no elimina el resultado dañoso, en tanto que éste va aparejado al falso negativo.

⁴⁴ . Tal afirmación, no obstante, es relevante desde la perspectiva de los sistemas de responsabilidad en que se afirme una imputación subjetiva del daño producido por caso fortuito o por fuerza mayor. La relación de causalidad se constata entre el evento dañoso que constituye caso fortuito y el falso diagnóstico; y la imputación de responsabilidad se produce si dicho evento dañoso se integra dentro de los que caen bajo la responsabilidad del sujeto responsable.

Para que esta fórmula funcionase, se debería poder afirmar que la supresión mental del evento dañoso llevara a un diagnóstico correcto; pero esta corrección en el marco aquí planteado sólo se puede producir si se sustituye el comportamiento negligente por uno diligente. Esto supone que la operación mental por la cual se puede eliminar el resultado dañoso no es la supresión del comportamiento del agente, sino la sustitución de su comportamiento por uno diligente⁴⁵. Ahora bien, tal operación mental obligaría a introducir criterios de imputación subjetiva en el ámbito de la relación de causalidad, lo cual no responde a la idea pura de la aplicación de la teoría de la *condicio sine qua non* (aunque ciertamente es una aplicación relativamente frecuente en el ámbito de la responsabilidad por culpa⁴⁶).

4. De todas formas, ha de tenerse en cuenta que, aunque se admitiera esta corrección o adecuación de la fórmula de la *condicio sine qua non*, con ello tampoco se lograría afirmar la relación de causalidad respecto de todos los daños reclamados a través de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*.

En concreto, la dificultad persistiría respecto de los daños posteriores al nacimiento (la vida del niño y los daños de rebote), respecto de los que es necesario realizar más operaciones que la de integrar mentalmente con un comportamiento diligente el del profesional sanitario. La relación de tales daños con el hecho del nacimiento o la concepción obliga a plantearse igualmente si existe un enlace causal entre el falso diagnóstico y estos eventos; enlace que resulta difícil de afirmar con una operación sencilla como la que pretende la

⁴⁵. Un ejemplo de este uso de la teoría de la *condicio sine qua non* lo ofrece BERENSON: «but for the negligence of the physicians, the minor plaintiffs would not have been born, would not have suffered the defective condition, and would not have incurred the extraordinary expenses resulting from the condition» (*op. cit.*, p. 906), así como OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 74), que afirma que la lesión del deber de cuidado debe ser *condicio sine qua non*, como cuando la lesión al paciente no se hubiera producido sin una contravención de la *lex artis*.

⁴⁶. Esta confusión entre las cuestiones de relación de causalidad y de imputación subjetiva son puestas de relieve por diversos autores, que afirman que en ocasiones la fórmula de la *condicio sine qua non* se aplica a partir del cambio de un comportamiento negligente por uno diligente (entre otros, DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado...*, pp. 781-784; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema II...*, p. 550; MAZEAUD y TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo Segundo, Volumen II, Traducción de la 5ª edición de L. Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1963, pp. 7-9; e YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, p. 188).

De hecho, la confusión de este elemento con la culpa es una constante en el derecho comparado, puesto que, como destaca VON BAR (*Vol. II*, p. 436 nota 7), ambos requisitos comparten ciertos elementos, como la probabilidad y la previsibilidad. Así, el problema reside en la idea que expresa FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 265): «en pura teoría parece que la relación de causalidad debe ser previa al examen de la culpa, y que si no existe relación de causalidad no hay por qué entrar en ver si existe un hecho culposo [...] Pero llevar este planteamiento a la práctica olvida que la realidad no es divisible por fragmentos y que la visión de lo acaecido se nos aparece de forma global, por lo que difícilmente el juzgador va a dejar de examinar no solamente la relación de causalidad, sino también la culpabilidad o no, que están íntimamente reunidos» (idea también presente en REGLERO CAMPOS, «El nexo...», p. 290).

fórmula aquí planteada, pues aunque se presumiese un diagnóstico correcto no se podría saber con certeza si el nacimiento se habría impedido.

5. Por todos estos motivos, la fórmula de la *condicio sine qua non* no encaja plenamente en el contexto de unas acciones de responsabilidad civil como las aquí expuestas, en tanto que la complejidad del supuesto excede de la sencillez de la fórmula en cuestión.

1.2.2.2. El fracaso de las teorías alternativas a la fórmula de la *condicio sine qua non*

1. La aplicación de otras fórmulas o teorías –que surgen como alternativa a la fórmula de la *condicio sine qua non*, en un intento de limitar su extensión⁴⁷–, tampoco permite la afirmación de la relación de causalidad en todos los casos planteados respecto de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Allí donde la fórmula que se acaba de ver se encuentra con el problema del difícil encaje del supuesto de hecho de estas acciones en los presupuestos de esta teoría, estas otras teorías de causalidad se enfrentan al obstáculo de que no permiten afirmar la relación de causalidad respecto de todos los posibles daños que se pueden reclamar a través de este tipo de acciones. En concreto, la mayor dificultad se plantea en relación a los daños posteriores al nacimiento.

2. Estas fórmulas o teorías alternativas a la *condicio sine qua non* son tres⁴⁸:

- La teoría de la causa próxima (*proximate cause*) sostiene que, de todos los antecedentes de un determinado efecto o resultado, se ha de considerar únicamente como causa aquél que se sitúa más próximo al mismo⁴⁹. Con ello se trata de corregir la extensión de la relación de causalidad hacia el infinito que podía producirse con la teoría de la equivalencia de condiciones, sobre la base de que el resto de los acontecimientos son demasiado lejanos (*too remote*) como para poder ser considerados causa del resultado.

- La teoría de la causa eficiente parte de que es causa aquella condición que, de entre el conjunto de causas posibles, se revela como la más eficaz respecto del resultado, sus-

⁴⁷ . Por todos, CUEVILLAS MATOZZI, que, de hecho, limita la causalidad natural a través de este tipo de teorías (*op. cit.*, pp. 57 y 59) y señala expresamente que éstas –a las que él denomina «individualizadoras», pues entienden por causa jurídica, no ya la suma de todas las condiciones necesarias del resultado, sino una específica– surgen tras el fracaso de la teoría de la equivalencia de las condiciones, que no establece límite a la responsabilidad (p. 85).

⁴⁸ . Hay que advertir que no se ha incluido entre ellas la teoría de la causa adecuada, puesto que compartimos la opinión de Pantaleón Prieto –que posteriormente examinaremos– respecto de su correcta ubicación en el marco de la imputación objetiva. Por tanto, el estudio de ésta se realizará en dicha sede.

ceptible, pues, de producir por sí misma éste, conforme a las leyes físicas⁵⁰. Aunque en ocasiones se considera como sinónima de la teoría de la causa adecuada⁵¹, existe un matiz de diferencia entre ambas, pues la causa adecuada se basa en criterios de probabilidad *a priori* de producción del resultado, mientras que la causa eficiente se apoya en el examen de entre las causas concurrentes, de la que aparece de mayor eficacia desde un punto de vista cualitativo.

- La fórmula de la condición ajustada a las leyes de la experiencia científica consiste en declarar como causa de un daño aquél comportamiento que, conforme a las leyes de la experiencia científica, puede tener como efecto ese tipo de daños.

3. Comenzando por la teoría de la causa próxima, si se aplica de forma estricta a estas acciones, la relación de causalidad se enfrenta a un claro obstáculo, derivado de la causalidad en dos pasos a la que ya se hizo referencia. La causación del daño en estos casos se produce a través de una larga cadena de eventos en la que se puede afirmar que cualquiera de los daños reclamados no deriva directamente del comportamiento del profesional sanitario, sino del hecho del falso negativo (que priva de la decisión sobre el aborto o la concepción, impide al paciente prepararse mentalmente para este nacimiento y lleva al nacimiento del niño). Dicho de otra forma, el comportamiento negligente —o el evento dañoso en general— no produce directamente el daño, sino únicamente el diagnóstico erróneo.

No obstante, esto se ha de atenuar en lo relativo a los daños anteriores al nacimiento, puesto que en éstos es más fácil afirmar que el daño deriva directamente del falso diagnóstico, cuya causa próxima es el comportamiento del profesional sanitario. De esta forma, con un entendimiento más amplio del supuesto de hecho, se puede llegar a afirmar en estos casos la relación de causalidad conforme a esta teoría.

Tal ampliación resulta más complicada en relación a los daños posteriores al nacimiento, pues en tal caso la causa próxima del daño es el hecho en sí del nacimiento o de la enfermedad. El comportamiento del profesional sanitario, como comportamiento anterior,

⁴⁹ . Esta teoría es denominada también «teoría de la causa directa e inmediata» por REGLERO CAMPOS («El nexo...», p. 292).

⁵⁰ . DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Artículo 1902...», p. 417) transcribe la definición de la jurisprudencia como la causa que «de modo indubitado prepara, condiciona o completa la acción de la causa mediata o inmediata originadora del evento dañoso que, por su acción conjunta, se produjo».

⁵¹ . REGLERO CAMPOS («El nexo...», pp. 292-293), de hecho, las trata como una misma teoría, aunque la define con el contenido más propio de la causa adecuada que de la causa eficiente. Otros autores, sin embargo, las

queda absorbido por la causa posterior. El daño por el hecho de la vida, o por las consecuencias que lleva aparejadas, deriva directamente del hecho de nacer o de la enfermedad que afecta al niño, no de un comportamiento del profesional sanitario que consiste en no haber informado de la futura concreción de estos males en el *nasciturus* o en el *concepturus*. Aunque pudiera establecerse un enlace entre el comportamiento del profesional sanitario y el nacimiento, ello no evitaría que, como causa anterior a la próxima al daño, fuera despreciada en beneficio de esta segunda.

De todas formas, el resultado parcialmente negativo ha de ser relativizado a través de una crítica a esta misma fórmula. De hecho, esta teoría es poco satisfactoria desde el punto de vista de la causalidad. El hecho de que un suceso sea consecuencia de otro no de forma directa, sino a través de una cadena de acontecimientos, no niega que exista relación de causalidad entre ellos. La mera proximidad al daño no determina una mayor incidencia causal, pues en muchas ocasiones la causa más próxima al daño no es sino una mera consecuencia de causas anteriores cuya relevancia causal es mucho mayor⁵². Otra cosa será determinar si la responsabilidad ha de limitarse dentro de la cadena de acontecimientos iniciada por el comportamiento negligente del agente; pero tal cuestión no ha de resolverse en el ámbito de la relación de causalidad, sino en el de la imputación objetiva⁵³.

4. En segundo lugar, por lo que respecta a la teoría de la causa eficiente y la fórmula de la condición ajustada a las leyes de la experiencia, su fracaso en relación a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* puede examinarse de forma conjunta, puesto que, aunque distintas en su presupuesto (la primera parte de una única causa del daño, mientras que la segunda parte de una pluralidad de causas), son similares en relación al instrumento que emplean para la determinación de la causalidad (criterios científicos o de la experiencia), de ahí que planteen en estos casos una misma problemática.

estudian por separado. Tal es el caso, entre otros, de BONASI BENUCCI (*op. cit.*, pp. 134-136) o HURTADO MARTÍNEZ (*op. cit.*, p. 184 nota 20).

⁵². CUEVILLAS MATOZZI (*op. cit.*, p. 87) e YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, p. 191) recogen las críticas de esta teoría que inciden tanto en su simplicidad, como en el hecho de que muchas veces la carga de nocividad efectiva no está en el último factor actuante, sino en otro que le precede. Tal es, de hecho, la crítica que opone REGLERO CAMPOS («El nexos...», p. 292), al señalar que, sobre todo cuando se basa en criterios puramente temporales, puede llevar a despreciar antecedentes causales anteriores cuya incidencia en el resultado final sea igual o de mayor intensidad que el inmediato.

⁵³. Hay que indicar que, de hecho, esta teoría es considerada en el *common law* como una aproximación legal al problema de la causación (así, por todos, LUNNEY y OLIPHANT, *op. cit.*, p. 212), un segundo paso, tras el estudio de la relación de causalidad desde un punto de vista fáctico con la teoría de la *condicio sine qua non*. Con ello se aproxima a lo que aquí se considera como la imputación objetiva, como se verá posteriormente.

Sobre la base de lo que dicta la ciencia o la experiencia científica, es relativamente sencillo afirmar la relación de causalidad con respecto de los daños anteriores al nacimiento del niño. El comportamiento del profesional sanitario tiene por consecuencia que los progenitores reciban un falso negativo sobre el estado de salud del *nasciturus* o sobre los riesgos que amenazan al *concepturus*. Tal falso negativo conlleva un déficit de información cuyo efecto directo es, por un lado, la privación de la decisión respecto de la concepción o respecto de la interrupción del embarazo; por otro, la privación de la posibilidad de prepararse mentalmente para este nacimiento. Dicho de otra forma, del conjunto de circunstancias concurrentes que pueden llevar en el caso concreto a estos daños, el comportamiento del profesional sanitario o el evento que se le imputa subjetivamente se manifiesta como el que, de acuerdo con las leyes de la ciencia o la experiencia, produce el daño, pues tiene por consecuencia la elaboración o la comunicación de un diagnóstico incorrecto, que es el origen de los daños ya definidos.

La dificultad, en cambio, se presenta en relación a los daños posteriores al nacimiento. De acuerdo con las leyes de la experiencia científica, no se puede afirmar que el déficit en la información que reciben los progenitores en el proceso de diagnóstico sea la causa de la concepción del niño (en el caso del error de diagnóstico en fase preconceptiva), o del nacimiento (en el caso del error en el diagnóstico prenatal). Más bien parece que tales eventos derivan de la decisión y de la actuación de los propios progenitores⁵⁴.

Tal afirmación rotunda, no obstante, ha de ser en cierto modo matizada para cada caso. Si se plantea en un contexto preconceptivo si la experiencia científica permite o no afirmar que la privación de una información lleva necesariamente a la concepción y al nacimiento del niño, la respuesta no es unívoca. Lo que tal experiencia muestra es que la decisión sobre la concepción futura es libre y se ve influida por múltiples factores, de manera que es posible que con o sin conocimiento de la información relevante los progenitores opten por no procrear. La privación de información ciertamente hace más probable que el sentido de la decisión sea positivo, pero no causa necesariamente tal decisión.

⁵⁴ . Frente a esto, sin embargo, parece acudir a una teoría similar PÉCRESSE (*op. cit.*, pp. 377-378) para afirmar la relación de causalidad: la teoría de las consecuencias normales. Según ésta, la mayoría de los obstetras y ginecólogos afirman que es muy raro que los progenitores que reciben información acerca de defectos o riesgos para la descendencia futura no acudan al aborto. No se trata de afirmar que tal sea la reacción automática de todo progenitor, sino que generalmente se actúa así. En cambio, MATHIEU (*op. cit.*, p. 386) discute que las

Por el contrario, si esta misma pregunta se realiza en un contexto prenatal, parece que se pueden plantear mayores dudas a la tajante afirmación inicial. En concreto, las leyes de la experiencia sí pueden proporcionar en este caso una respuesta en términos de certeza: la privación de la información sobre el estado enfermo del embrión o feto determinará necesariamente el nacimiento del niño, salvo que concurra un obstáculo natural que impida tal nacimiento (aborto espontáneo). El error en el diagnóstico prenatal priva a la mujer de la posibilidad legal de decidir sobre el aborto, con lo que le priva de la posibilidad de interrumpir el embarazo en curso. No se trata de lo que habría decidido o no la mujer, sino del efecto directo de esta privación de acuerdo con las leyes de la experiencia científica (y, principalmente, de acuerdo con las normas que rigen la interrupción del embarazo). Ciertamente el origen del nacimiento se encuentra en la decisión que en su día adoptaron los progenitores sobre la concepción; pero una vez producido el embarazo y el comportamiento relevante, es necesario examinar la relación de causalidad desde ese punto.

1.2.2.3. Las teorías de causalidad no tradicionales

1. Aunque en materia de relación de causalidad no es donde mayores reformas han sido propugnadas por doctrina y jurisprudencia (de hecho, es uno de los elementos de la responsabilidad que menor evolución ha sufrido con el tiempo⁵⁵) ello no significa que no

consecuencias normales en estos casos sean las que describe la primera autora citada, más bien no se sabe cuál será el resultado.

⁵⁵ . Esto no significa que no haya sido puesto en cuestión tal elemento. Como señalan VINEY y JOURDAIN (*op. cit.*, pp. 156-159), se han enunciado teorías alternativas que prescindían de él (equidad, teoría del riesgo...), aunque no se han consolidado. De hecho, Díez-PICAZO («La responsabilidad...», p. 735) se refiere a que se ha producido una erosión de la relación de causalidad; idea en la que también incide YZQUIERDO TOLSADA («La responsabilidad...», p. 233): «el siglo XXI se abre entonces con un manifiesto acoso a la relación de causalidad, esto es, al único elemento de la responsabilidad civil en la que hasta hace poco se podía refugiar aquel demandado cuya acción u omisión nada tuvo que ver con el daño que se enjuicia».

En este sentido, hay que recoger cierta tendencia jurisprudencial en que se afirma que la relación de causalidad no requiere una absoluta certeza, sino que es suficiente—en casos singulares— un juicio de probabilidad cualificada, según lo estime el juez de instancia. Tales tendencias son recogidas por DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Previsiones...*, p. 77 y *Responsabilidad civil...*, pp. 117-121) y REGLERO CAMPOS («El nexo...», p. 320), que plantean la posible acreditación de la relación de causalidad sobre términos de probabilidad estadística. De hecho, se trata de una corriente establecida en el *Common law* como vía para limitar la causación meramente fáctica (ver al respecto, VON BAR, *Vol. II*, pp. 469-474), o como vía para afirmar la relación de causalidad ante las dificultades de prueba del *but for test* (LUNNEY y OLIPHANT, *op. cit.*, pp. 177 y 183). El límite se encuentra en la admisión de una relación de causalidad incierta (CARBONNIER, *op. cit.*, p. 391).

Por otro lado, algunos autores admiten el uso de presunciones para la acreditación de la relación de causalidad (REGLERO CAMPOS, «El nexo...», p. 320; TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE, *op. cit.*, p. 757 o VINEY y JOURDAIN, *op. cit.*, p. 165), lo que se enfrenta también a detractores (FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, p. 259: «la relación de causalidad no se presupone ni siquiera cuando estamos hablando de la responsabilidad objetiva»).

hayan existido teorías a través de las cuales se permita una cierta facilitación de la constatación del nexo causal⁵⁶. Entre ellas, hay que destacar dos en concreto: la *perte de la chance* y la responsabilidad por informar; teorías que directa o indirectamente producen el efecto de una relajación del requisito del nexo causal.

El problema, sin embargo, es que sus presupuestos no encajan plenamente con el supuesto de hecho de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, por lo que, aunque ofrecen una vía sugestiva de afirmación del nexo causal, no permiten en su conjunto la afirmación de la responsabilidad.

2. Comenzando por la teoría de la *perte de la chance*, hay que recordar que, si bien generalmente se estudia como una teoría que, mediante el cambio del evento calificable como daño, logra la afirmación de la responsabilidad (el daño es el perder la oportunidad y no la oportunidad perdida), facilita igualmente la constatación del nexo causal al establecer que ésta se ha de establecer respecto de un hecho cierto (la pérdida de la oportunidad), en vez de uno probable (la oportunidad perdida). Por ello, su aplicación podría haber resultado interesante en el contexto de las acciones que aquí se estudian, al haber facilitado la prueba del daño allí donde ésta es dudosa. Se trataría de acreditar, pues, que se perdió la oportunidad de que el niño no naciera, no que el niño no habría nacido⁵⁷.

Sin embargo, ya se vio al estudiar el daño cómo el esquema de esta teoría no encajaba bien en el supuesto de hecho de estas acciones. La inexistencia de una verdadera oportunidad en el caso de las acciones de *wrongful birth* (pues la decisión quedaba remitida a la voluntad del titular de la facultad o libertad) y la dificultad de considerar como beneficio el hecho de no nacer, en el caso de las acciones de *wrongful life*, impiden aplicar a cual-

⁵⁶. Un ejemplo se presenta entre la doctrina alemana en relación a la teoría de la *faute virtuelle*, que se utiliza no sólo para facilitar la prueba de la culpa, sino también de la relación de causalidad, siempre y cuando ésta no aparezca como totalmente insegura (OSTHEIDE, *op. cit.*, p. 78). Otro, lo ofrece DE CRUZ cuando estudia la regla de la *res ipsa loquitur* en el marco de la relación de causalidad (*op. cit.*, pp. 253-254).

Por nuestra parte, aunque ROCA TRÍAS niega la inversión de la carga de la prueba en relación al elemento de la relación de causalidad, que ha de ser probado por el demandante (*Derecho...*, p. 139), DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Responsabilidad civil...*, p. 109) parece dar a entender que lo necesario es que el elemento quede probado, no que tal prueba deba ser necesariamente hecha por la víctima.

⁵⁷. De hecho, esta facilitación del nexo causal ha llevado a diversos autores a sugerir su aplicación en los casos aquí estudiados. Junto a los que ya se citaron anteriormente, hay que traer aquí la opinión de FISCHER y LILIE (*op. cit.*, p. 14), que mencionan esta teoría para supuestos de cursos causales dudosos. Del mismo modo, entre la doctrina francesa, tal es el caso de FINEL (*op. cit.*, p. 226, que destaca cómo a través de esta teoría se logra establecer una relación de causalidad en el caso aquí planteado entre el comportamiento y la falta de decisión), o THOUVENIN (*op. cit.*, p. 415, que indica cómo la relación de causalidad que no se puede establecer con respecto de la discapacidad sí puede establecerse con la doctrina de la pérdida de oportunidades).

quiera de los casos esta teoría como vía de afirmación de los elementos de la responsabilidad, por lo que, pese a sus posibles ventajas, no es recomendable su empleo.

3. Por lo que respecta a la teoría de la responsabilidad por informar, de origen anglosajón, trata de establecer una responsabilidad en aquellos casos en los que un sujeto sufre un daño como consecuencia de cierta información incorrecta que ha recibido. La información lleva a que el receptor actúe en una determinada dirección, debiendo haberlo hecho en otra para haber evitado el daño; o a que no actúe, debiendo haber actuado para evitar el daño. La responsabilidad se atribuye al emisor de la información en aquellos casos en que pesara sobre él un deber de proporcionar al receptor una información correcta⁵⁸.

El encaje con el supuesto de hecho de las acciones aquí estudiadas parece claro por lo que respecta a las acciones de *wrongful birth* —el profesional sanitario (informante) suministra una información errónea a los progenitores (receptores de la información), sobre la cual ellos actúan en un determinado sentido, resultando de ello un daño—; pero no cuadra con las acciones de *wrongful life* (salvo que se predique la aplicación de esta teoría también respecto de los daños que causa a terceros la actuación del receptor derivada de la información recibida, lo cual es debatido). De todas formas, hay que destacar que no es frecuente estudiar el problema de las acciones de *wrongful birth* o *wrongful life* con arreglo a esta teoría⁵⁹, quizá por el hecho de que lejos de aportar ventajas manifiestas, reitera los grandes problemas de las acciones aquí estudiadas⁶⁰.

⁵⁸ DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Responsabilidad...», p. 172) señala que se trata de responder a la pregunta de «si quien suministra información a otro puede incurrir en responsabilidad cuando el receptor alega que, por haber actuado o tomado una decisión con base en esa información, ha experimentado un daño».

Esta responsabilidad se recoge en el Restatement (Second) of Torts § 311 (1965): «one who negligently gives false information to another is subject to liability for physical harm caused by action taken by the other in reasonable reliance upon such information, where such harm exists». Y ha sido admitida expresamente en el ámbito médico en el Código civil de Louisiana (La. Civ. Code Ann., artículo 1967): «[a physician] may be obligated by a promise when he knew [...] that the promise would induce the [patient] to rely on it to his detriment and the [patient] was reasonable in so relying. Recovery may be limited to the expenses incurred or the damages suffered as a result of the [patient's] reliance on the promise».

Pese a este tipo de promulgaciones expresas, ZWIGERT y KÖTZ (*op. cit.*, p. 613) señalan que los tribunales se negaron durante bastante tiempo a aceptar la existencia de tal deber en los casos de responsabilidad extracontractual (en la contractual son menores las dudas). Luego se fue aceptando sobre la identificación de un deber de cuidado por parte de quien proporciona una información, opinión o consejo aparentemente basado en una cualidad especial o conocimiento, frente a aquéllos que sabe o puede prever razonablemente que actuarán de forma específica en confianza con la seriedad de lo que dice, así como cuando el informante conoce o debía conocer que un tercero confiaría en la información. En derecho alemán, remiten los autores al § 826 BGB, cuando la información se da falsa a propósito; en otras ocasiones, se acude a las reglas de responsabilidad contractual, cuando existía una relación de ese tipo entre el informador y el que sufre el daño.

⁵⁹ Esto no significa que la idea de este tipo de responsabilidad no se intuya en algunos autores. De hecho, se aproxima a esta teoría DE ÁNGEL YÁGÜEZ («La tercera...», p. 192), cuando afirma que una vía para facilitar la

En un principio, la ventaja que ofrece esta teoría reside en cierta facilitación del nexo causal que parece realizarse a través de ella. A pesar de que entre la información emitida y el hecho del daño no existe una relación de causa-efecto directa –sino que se produce la intervención de la voluntad del propio receptor de la información–, se permite, en principio, soslayar este obstáculo causal, estableciendo como único requisito para acreditar la relación de causalidad que la decisión fuera adoptada sobre la información recibida (lo cual tampoco queda libre de dudas)⁶¹.

Sin embargo, esta ventaja es sólo aparente cuando se trata de aplicar tal teoría a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. No sólo es dudoso que sea suficiente la prueba de que la decisión fuera adoptada sobre la información recibida para acreditar la relación de causalidad, sino que además, con ello lo único que se logra es repetir los problemas ya mencionados con arreglo a la aplicación de las teorías tradicionales de la responsabilidad. En concreto, aunque en el caso de los diagnósticos prenatales parece que sí se puede afirmar que la información recibida condiciona la actuación de la mujer (puesto que le impide acceder al supuesto de hecho en el que surge la facultad de interrupción del embarazo), en el caso de los diagnósticos preconceptivos no se puede afirmar con plena certeza que la decisión fuera adoptada sobre la información errónea recibida. La variedad de factores que

reclamación de responsabilidad en estos casos consiste en establecer un paralelismo con respecto de los supuestos de incumplimiento del profesional médico de su deber de informar, supuesto en que la jurisprudencia imputa al profesional la totalidad del daño experimentado. No obstante, se limita a dejar apuntada la idea, sin entrar en ella en profundidad. Por otra parte, parece intuirse en las siguientes palabras de EMALDI CIRIÓN («La responsabilidad...», p. 1603): «si el consejero genético emite un diagnóstico erróneo y el paciente, basándose en el mismo, toma alguna decisión que en un futuro le puede repercutir en un daño, entonces podrá interponerse una demanda contra el profesional sanitario porque debido a su negligencia le fue infligido un daño».

⁶⁰. Así, por ejemplo, desde el punto de vista del daño, existe una polémica sobre si se constituye como tal la propia privación de la facultad de haber podido decidir de forma libre (opción por la que parece inclinarse DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «Responsabilidad...», p. 200) o las consecuencias derivadas de la decisión adoptada sobre la base de la información recibida.

Trasladado esto al caso aquí estudiado, la primera opción lleva a una restricción de los daños sobre los que se podría reclamar en el caso de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* (eliminando todos los que no se relacionasen con la privación de la posibilidad de decidir); la segunda, lejos de dar una nueva visión al supuesto, lleva a los mismos problemas que se vieron en el estudio del daño: la dificultad de calificar como daño las consecuencias derivadas de la decisión de los progenitores (nacimiento del niño, la vida...).

⁶¹. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, de hecho, pone en duda la afirmación de este enlace causal; la cuestión es si la información fue o no la causa de la decisión adoptada por el receptor de la información («Responsabilidad...», pp. 195 y 200). Para resolverla, destaca dos tipos de obstáculos: los problemas de información inexacta (que pertenecen a los casos de curso causal no verificable, ya que entre la información y el resultado dañoso ha mediado la voluntad del informado de actuar, y donde cita en concreto los casos de *wrongful birth* y *wrongful life*; pp. 195-196) y los de omisión de información (que plantean el problema de la demostración de un enlace causal, pp. 198-199). Por tanto, la supuesta facilitación de la relación de causalidad se ve impedida de nuevo por las mismas objeciones que se plantean en general en los casos aquí analizados.

pueden incidir en tal decisión lleva a que, como mucho, tal afirmación deba basarse en presunciones, o en la propia declaración del damnificado.

Esto llevaría, aparentemente, a afirmar la aplicación de tal teoría únicamente a los supuestos de falsos diagnósticos prenatales negativos. Ahora bien, una vez situados en tal ámbito, lejos de aportar soluciones claras e indubitadas, la aplicación de esta teoría únicamente trasladaría el problema de la afirmación de una relación de causalidad al debate sobre la aceptación de esta doctrina de la responsabilidad por informar y a las graves dudas que en torno a ella surgen⁶². Por todo ello, el empleo de esta teoría —que sin duda aporta una perspectiva interesante al estudio de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*—, no produce gran avance de cara a la afirmación de este tipo de acciones. Se trata, simplemente, de otro enfoque a partir del cual se encuentran los mismos obstáculos que ya se han ido viendo conforme al enfoque tradicional. La conclusión de todo esto es que su utilidad es ciertamente dudosa (sin perjuicio de que resonancias de la misma se puedan encontrar en ciertos momentos).

1.3. El estudio de la relación de causalidad de acuerdo con la consideración de los diversos supuestos involucrados

1. Los apartados precedentes han demostrado que la relación de causalidad no puede ser afirmada en su totalidad de acuerdo con ninguna de las teorías de causalidad generalmente empleadas por doctrina y jurisprudencia. Esto, lejos de suponer por sí mismo un obstáculo a la afirmación de este requisito, demuestra únicamente que estas teorías no son los únicos criterios que existen para establecer la relación de causalidad⁶³ y que es neces-

⁶² . Ver sobre este tema DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Responsabilidad...», pp. 170-203); FRADES DE LA FUENTE (*La responsabilidad profesional frente a terceros por consejos negligentes*, Dykinson, Madrid 1999) o FERREIRA SINDE-MONTEIRO (*Responsabilidade por conselhos, recomendações, ou informações*, Livraria Almedina, Coimbra 1989).

⁶³ . Como señala CUEVILLAS MATOZZI (*op. cit.*, p. 79), «es justo reconocer el valor relativo que tienen las diversas teorías [...], ya que sus criterios no llegan en manera alguna a establecer reglas tan precisas para la solución de los problemas causales y que le priven, por ende, a los tribunales de un amplio poder de apreciación» (opinión compartida en el derecho francés por SARGÓS, que pone en duda el recurso a las teorías tradicionales de responsabilidad civil en estos casos, pues de lo que se trata es de ver si hay o no una relación de causalidad, *op. cit.*, p. 2299). De hecho, como posteriormente destaca el autor español, ninguna de estas teorías ha satisfecho plenamente a la jurisprudencia, que, tras adoptar inicialmente la fórmula de la equivalencia de las condiciones, en la década de los 50 se inclinó a favor de la teoría de la causa eficiente y en la década de los 80 y 90, por la causa adecuada, que es la que, según el autor, triunfa en la actualidad (pp. 104-117, análisis con el que coincide PLAZA PENADÉS: *op. cit.*, p. 40).

rio enfocar el estudio de este elemento de la responsabilidad desde otro punto de vista que se adecue al caso concreto; enfoque al que, por otra parte, acude también en ocasiones la jurisprudencia para abordar el problema de la relación de causalidad en ciertos casos⁶⁴.

Igualmente, han demostrado que, dentro de la escasa atención que se ha prestado a este elemento de la responsabilidad, no se han proporcionado respuestas satisfactorias a la cuestión, sino argumentos parciales de negación de la relación de la causalidad, que difícilmente pueden servir para rechazar de forma definitiva este elemento en toda la complejidad con la que se presenta en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*.

2. En realidad, como ya se avanzó, para llevar a cabo un coherente examen de este elemento es necesario tratar de establecer cuáles son los casos relevantes en los cuales se presentan las dificultades, estableciendo la distinción según los diversos supuestos de hecho que pueden dar lugar a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* (en fase preconceptiva, fase prenatal y diagnóstico indirecto). En cada uno de ellos se analizarán los dos grupos de daños que se reclaman a través de estas acciones (daños que derivan de eventos previos al nacimiento o a la concepción y daños que derivan de eventos posteriores).

A través de ello, si bien no se persigue la afirmación del nexo causal respecto de todos los supuestos que se integran teóricamente en las acciones aquí estudiadas, por lo menos sí se pretende encontrar una respuesta a esta cuestión que tenga en cuenta las especiales peculiaridades aquí presentes.

3. Esta forma de presentar el estudio de la relación de causalidad muestra, en definitiva, que no existe una única respuesta ni una única fórmula a partir de la cual poder afirmar o negar este elemento. La gran variedad de supuestos englobados dentro de estas acciones, así como la variedad de daños que pueden ser reclamados a través de las mismas, lleva a que una única teoría de causalidad no sea suficiente para responder a todos ellos. Esta diversidad no se plantea como un obstáculo a la afirmación de la relación de causalidad, sino como reconocimiento de la pluralidad de supuestos presentes. Aunque todos los casos recogidos mantienen un substrato común sobre cuya base se produce su adscripción

⁶⁴ . Constata la mayoría de la doctrina (entre otros, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado...*, p. 761; «Artículo 1902...», pp. 413-414; LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos II-2...*, p. 490; ROCA TRÍAS, *Derecho...*, p. 140 o YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, p. 192) que en muchas ocasiones los tribunales prescinden de estas teorías tradicionales y parten de criterios de razonabilidad y de sentido común a la hora de enjuiciar el requisito de la relación de causalidad (tendencia que se aprecia también en relación a la jurisprudencia relativa a la responsabilidad de la Administración: GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 405).

al supuesto de hecho de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, ello no ha de llevar, necesariamente, a someter todos a un mismo trato. La diversidad, de hecho, aconseja la aplicación de medidas dispares, adecuadas a cada caso.

Por otra parte, el hecho de que en algunos de los supuestos deba negarse la relación de causalidad, como es lógico, no conlleva la negación de estas acciones en todo caso. El amplio abanico de supuestos que queda englobado en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* quedará restringido; pero tal restricción será beneficiosa, en la medida en que permitirá racionalizar estas acciones, adecuándolas a los requisitos de la responsabilidad.

1.3.1. La relación de causalidad en la fase preconceptiva

1.3.1.1. Los daños relacionados con eventos anteriores al nacimiento: privación de la libertad de procreación

1. Como se ha visto a partir de la aplicación de la mayoría de las teorías tradicionales de la causalidad, el establecimiento de un nexo causal entre el comportamiento del profesional sanitario o el evento que se le imputa en cualquiera de las fases de elaboración del diagnóstico y estos daños anteriores al nacimiento no resulta especialmente complicada de demostrar, aunque requiere, como ya se advirtió, no sólo la aplicación de reglas físicas o materiales, sino también las de presupuestos jurídicos.

Por otra parte, como ya se ha indicado anteriormente, esta constatación del nexo causal ha de hacerse en dos pasos: un primero de relación entre el evento dañoso y el falso negativo; y un segundo de relación entre éste y el daño reclamado.

2. Comenzando por el primer paso, la relación de causalidad requiere la constatación de que el comportamiento del profesional sanitario produce el defecto del diagnóstico, o de que éste proviene de un evento que le sea imputable subjetivamente (en los sistemas de responsabilidad objetiva u objetivada). Esto supone otorgar relevancia causal únicamente a aquellos comportamientos activos u omisivos que repercutan en la elaboración de un falso negativo y no a cualquier comportamiento o evento producido en el curso del proceso de diagnóstico. Habrá que plantearse, pues, si el evento que se imputa al profesional demandado fue o no la causa del defecto de la información o la omisión de la misma.

Cuando el evento dañoso no tenga tal trascendencia causal, sino que el falso negativo sea debido a un error médico ajeno a la actuación de los sujetos intervinientes, o a un evento del que, de acuerdo con el sistema de responsabilidad aplicable al caso, no se pueda responsabilizar al profesional, habrá que negar la responsabilidad⁶⁵.

3. La cuestión es cómo se establece la relación de causalidad cuando concurren a la causación del falso negativo comportamientos de diversos sujetos, para lo cual se han de aplicar las reglas generales sobre pluralidad de agentes productores del daño.

- En primer lugar, si se trata de comportamientos que son por sí mismos causa suficiente del falso diagnóstico (si es que tal supuesto puede llegar a plantearse en las acciones aquí estudiadas)⁶⁶, nos encontraremos ante un supuesto de «causalidad concurrente o alternativa». Dado que en estos casos falla la fórmula de la *condicio sine qua non*, la afirmación de la relación de causalidad se deberá establecer en atención a las reglas de la ciencia o de la experiencia, a fin de constatar en qué medida cada uno de los comportamientos o eventos pudo causar el falso negativo. Si de ello resulta la afirmación de que ambos comportamientos eran causa suficiente para generarlo, la responsabilidad se deberá predicar respecto de todos ellos solidariamente⁶⁷.

⁶⁵. Como ya se ha visto, en el ámbito de los actos médicos intervienen sujetos de muy diversa clase, que realizan actuaciones diferentes, lo cual conlleva la posibilidad de que concurren comportamientos negligentes de varios sujetos. Ahora bien, únicamente se deberán tener en cuenta en relación a las acciones aquí planteadas aquellos comportamientos que repercutan en la elaboración del falso negativo. Por tanto, no existirá relación de causalidad respecto de los comportamientos o eventos que no sean suficientes para producir este diagnóstico erróneo, ni respecto de los que desencadenen un riesgo distinto al que desemboca en el error del diagnóstico o los que no se concreten en el riesgo que generaron. Únicamente aquéllos que produzcan el falso negativo, podrán ser causa del mismo. El resto dará lugar, en su caso, a otro tipo de acciones.

⁶⁶. Estos supuestos se pueden producir por eventos o comportamientos independientes (que no guardan relación entre sí), o, más frecuentemente, relacionados. Por poner un ejemplo de cada caso, la primera situación se produciría cuando un técnico de laboratorio y un técnico de radiodiagnóstico realizaran de forma negligente su cometido, de manera que el primero no reflejara a partir de la amniocentesis practicada la existencia de indicios de un síndrome de Down y el segundo no detectara en la ecografía que llevara a cabo el característico pliegue de la nuca que indica este defecto genético. La segunda situación, por el contrario, se produciría cuando un médico elaborara el diagnóstico sobre unos resultados, manifiestamente erróneos, elaborados por un laboratorio, o cuando comunicara a los progenitores un diagnóstico manifiestamente erróneo.

⁶⁷. En un principio, la regulación del Código civil parece que lleva a distinguir en este campo entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Esto es debido a que en el primer caso prevé el Código civil de forma expresa la regla de la mancomunidad (artículo 1137 Cc); previsión que no encuentra su paralelo en la regulación de la responsabilidad extracontractual. La razón de tal distinción se justifica, según FERNÁNDEZ HIERRO (*op. cit.*, p. 59), en que «cuando se contrata se elige con quien, mientras que cuando se recibe un daño no». Tal punto de partida, sin embargo, ha sido puesto en duda.

Por lo que respecta a la responsabilidad contractual, la jurisprudencia ha realizado una interpretación correctora del mencionado precepto, guiada por el principio del *favor victimae* (entre otras, SSTs de 24 de noviembre de 1989 y 25 de noviembre de 1993). Conforme a ella, se convierte la solidaridad en la regla general siempre que no sea posible identificar en qué medida cada uno de los responsables ha contribuido causal-

- En segundo lugar, si es el conjunto de los comportamientos el que produce el daño, aunque en esta situación falle la teoría de la causa eficiente (pues ninguno de ellos es por sí solo suficiente para causar el efecto del falso negativo), no por ello ha de negarse la causalidad. Ésta habrá de predicarse de la suma de los comportamientos (se tratará de una «coautoría» del daño), debiendo responder cada uno de los implicados de acuerdo con su contribución causal al evento dañoso⁶⁸, en la medida en que tal contribución sea identificable (pues, si no, se acudirá, de nuevo, a la solidaridad).

4. Por otro lado, a la hora de plantearse la relación de causalidad entre el comportamiento del profesional sanitario y el falso diagnóstico, como se indicó desde un principio, no sólo se han de considerar las acciones, sino también las omisiones. Pese a que la idea de «omisión», por definición, no responde a la mecánica de la «causación» material o fáctica⁶⁹, la consideración como antecedente causal de un determinado resultado se constata en

mente a la producción del daño (DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado...*, pp. 847-848, 458; «Artículo 1902...», p. 448); interpretación con la que MIQUEL GONZÁLEZ no se muestra muy de acuerdo en la medida en que se pretenda extender al supuesto de deudores vinculados al acreedor por diversos contratos en los que no se haya pactado la solidaridad («La responsabilidad...», p. 72).

Por lo que respecta a la responsabilidad extracontractual, se han realizado intentos de extender a este ámbito la regla general contenida en el artículo 1137 Cc (por ejemplo, CUEVILLAS MATOZZI, que afirma que son preceptos que se integran en la teoría general de las obligaciones, aplicables a cualquier obligación; *op. cit.*, p. 245). Pese a ello, parece que la regla general entre la jurisprudencia es la responsabilidad solidaria, bien por aplicación del criterio de *favor victimae*, bien, como sugiere CUEVILLAS MATOZZI, derivado de la propia esencia del artículo 1902, que establece para cada responsable la reparación íntegra del daño causado (pp. 247-248). Ver sobre estas cuestiones, GÓMEZ CALLE («Los sujetos...», pp. 412-415 y la jurisprudencia que cita) y PANTALEÓN PRIETO («Artículo 1902...», p. 2001, que acepta la solidaridad, si bien fuera del artículo 1137 Cc).

Frente a esta interpretación jurisprudencial, MARTÍNEZ-CALCERRADA (*La responsabilidad...*, p. 283) considera que la aplicación de la solidaridad es una solución justa pero no jurídica, lo cual es también señalado por YZQUIERDO TOLSADA, que critica la aplicación de la solidaridad al ámbito extracontractual, pues no existen apoyos suficientes en el derecho (*Profesional liberal...*, pp. 166-171; *Sistema...*, pp. 401-411).

⁶⁸. En este punto hace referencia SALVADOR CODERCH (*op. cit.*, p. 5) a un supuesto especial de coautoría en el que tal distribución de la responsabilidad entre los coautores resultaría especialmente importante. Tal es el caso de la contribución causal de un segundo comportamiento que crea un efecto sinérgico (la actuación de uno refuerza el efecto perjudicial de la del otro). Señala el autor que en estos casos «la regla de la responsabilidad objetiva y solidaria de los cocausantes no tiene en cuenta que el segundo agente es mucho más peligroso que el primero». Como solución propone REGLERO CAMPOS («El nexos...», pp. 302-303) que, en la medida de lo posible, se determine el aporte causal de cada uno de los antecedentes, imputando la totalidad del daño al agente cuando resulte que las circunstancias preexistentes sólo de forma muy improbable o remota lo hubieran ocasionado o agravado; pero exonerándolo «cuando, aisladamente consideradas, la concurrencia de tales circunstancias hubiera sido suficiente para provocar ese resultado en un período de tiempo razonablemente breve», exigiendo en estos casos una contribución directa y efectiva al resultado.

⁶⁹. Como señala VON BAR (*Vol. II*, p. 218), «in the case of an act the tortfeasor started the chain of causation, and in the case of an omission he did not interrupt it». La opinión de que en relación a las omisiones nunca existe una relación causa-efecto según criterios físicos, es sostenida por diversos autores (entre ellos, hay que destacar a PANTALEÓN PRIETO, «Artículo 1902...», p. 1984 y a SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, pp. 13-14). Frente a ellos, AYNES (*op. cit.*, p. 494) sí afirma estos supuestos como causa: «l'on doit entendre par cause

estos casos a través de la idea del deber de actuación del sujeto que omitió el comportamiento⁷⁰ (lo que se ha de completar con aquellos casos en los que se atribuya el riesgo del daño al responsable, al margen de su actuación⁷¹).

Aplicado a nuestro caso, la existencia de omisiones en el procedimiento de diagnóstico preconceptivo o preimplantatorio permite afirmar su incidencia causal respecto del falso negativo, en la medida en que se tratara de comportamientos que debían haber sido

d'un préjudice, non seulement l'événement qui a positivement produit celui-ci, mais aussi celui qui ne l'a pas empêché de se produire». De hecho, entre los autores alemanes se suele acudir a un curso causal establecido de forma ideal (BROX y WALKER, *Allgemeines...*, p. 318).

En el ámbito concreto de las omisiones sanitarias, GÓMEZ CALLE aplica la idea con que se comenzaba esta nota y afirma que la omisión no produce la enfermedad ni causa materialmente el resultado; lo único que hace es no evitar o no aminorar al menos los efectos propios del mal que aqueja al enfermo («El fundamento...», pp. 1747-1748), por ello, la dificultad parece que se incrementa (PARRA LUCÁN, «19 de junio de 1990...», p. 869). Pero, tal y como afirma REGLERO CAMPOS, esto no impide la posibilidad de considerar que la omisión de un comportamiento sea antecedente causal de un resultado («El nexos...», pp. 308-309).

⁷⁰. Esta idea se aprecia con claridad en el derecho anglosajón, donde según ROGERS (*op. cit.*, p. 117) se predica la responsabilidad donde existe *duty of affirmative action*, deber que suele surgir de un contrato (MARKESINIS y DEAKIN, *op. cit.*, pp. 73, 137), de una relación especial (WEIR, *A casebook on tort*, 9ª edición, Sweet & Maxwell, London 2000, p. 85) o, en concreto, de la relación entre médico y paciente: *provider-patient relationship* (FURROW, *et al.*, *op. cit.*, p. 914; KENNEDY y GRUBB, *Principles...*, p. 157).

La idea de un deber de actuación previo es recogida entre nuestros autores a partir del derecho anglosajón por Díez-PICAZO («La culpa...», pp. 114-115), que afirma la responsabilidad por omisiones, cuando el que adopta el comportamiento omisivo se encuentra una previa situación de garante, legal o contractual (o un especial deber legal o negocial de obrar, *Daños...*, p. 290) y SALVADOR CODERCH y RUIZ GARCÍA (*op. cit.*, p. 6), que remiten la responsabilidad a la infracción de deberes de cuidado. Pero es también una idea extendida entre la doctrina alemana (como es el caso de JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Estudio preliminar de C. Suárez González y M. Cancio Meliá, Traducción de M. Cancio Meliá, Civitas, Madrid 1996, p. 101, así como LAUFS, en LAUFS/ UHLENBRUCK, p. 960 o LARENZ, *op. cit.*, pp. 457-458).

Históricamente, sin embargo, la imputación de responsabilidad por omisiones se asoció con el predominio de ideas subjetivas al parámetro de la actuación de un hombre normalmente diligente, que colocado en las mismas circunstancias hubiera adoptado un comportamiento positivo (Díez-PICAZO, *Daños...*, p. 94), concepto que, aunque afirma VON BAR que se corresponde con la aplicación de la regla de la *condicio sine qua non* a las omisiones (*Vol. II*, p. 437), enlaza más bien con el elemento de la negligencia (p. 288); o, según BUSTO LAGO (*La antijuridicidad...*, p. 68), con el de la antijuridicidad de la omisión. Pero se trata de un parámetro todavía presente en algunos autores que afirman la responsabilidad cuando un comportamiento activo hubiera evitado el daño. Sirva de ejemplo BUSTOS PUECHE (*op. cit.*, p. 1700).

⁷¹. Las omisiones pueden ser también, por tanto, causa de responsabilidad fuera de los sistemas de responsabilidad subjetiva, en la medida en que el daño sea producido en la esfera de control o en la actividad puesta a cargo del responsable. Lo relevante en estos casos es que el daño sea producto del riesgo de la actividad o del riesgo asumido, no que el responsable actuara u omitiera la actuación. Esto, no obstante, es complementado por PANTALEÓN PRIETO, cuando establece la imputación de responsabilidad por omisiones a partir del criterio del incremento del riesgo: sólo en la medida en que la omisión haya incrementado el riesgo del daño, es imputable la responsabilidad al sujeto que no actuó («Artículo 1902...», p. 1984).

En todo caso, lo que resulta patente es que en el marco de una responsabilidad objetiva el criterio de la imputación de responsabilidad por una omisión no puede asociarse a parámetros de exigibilidad de un comportamiento activo (como hace REGLERO CAMPOS, «El nexos...», p. 309, cuando declara: «es inexigible la adopción de medidas de seguridad que impliquen de hecho la inactividad o un coste insoportable o, al menos económicamente poco racional»), pues ello supone la introducción por vía indirecta de criterios de imputación subjetiva que no se corresponden con el sistema que rige en estos casos. Según ROMERO COLOMA («La responsabilidad...», pp. 125 y 128), de lo que se trata es de una imputación objetiva del daño, no de causalidad.

desarrollados conforme a la *lex artis* (el consejo del sometimiento a este tipo de diagnóstico ante la presencia de indicios de riesgo, la prescripción de pruebas relevantes, la realización de las pruebas, la elaboración de un diagnóstico, la comunicación del resultado o la realización tardía de todas estas actuaciones)⁷².

No obstante, hay que advertir que en algunos supuestos el comportamiento omisivo no parece relacionarse directamente con el falso negativo, sino únicamente con la privación de la posibilidad de repetir la actuación que tiende a tal diagnóstico. En concreto, así se plantea por algunos autores respecto a la omisión de comunicación del resultado de fracaso de una prueba de diagnóstico⁷³. Tal precisión es acertada si se atiende a lo que ha de entenderse por «falso negativo».

Efectivamente, en el caso de las acciones aquí estudiadas, tal término se remite al supuesto en que se comunica a los progenitores un diagnóstico que no refleja el estado enfermo de su descendencia futura o los riesgos que amenazan a la descendencia por concebir. Sobre tal definición, el caso aquí expuesto debería quedar excluido, pues la información teórica que se podría haber ofrecido a los progenitores no era la de que la descendencia futura gozara de salud, sino más bien que no se había podido averiguar tal estado. Por tanto, el enlace causal no llega al falso diagnóstico, sino a la hipotética repetición de la prueba. Lo mismo ocurre aquí con el comportamiento omisivo, en tanto que en estos casos el comportamiento debido que se omite es el relativo a la información del fracaso de la prueba, no el relativo a la salud enferma del niño (por lo que es por este deber por el que ha de responder, ya que es el que debía haber llevado a cabo).

Únicamente, pues, aquellos comportamientos omisivos que se relacionen con la privación de información sobre el estado enfermo de la descendencia futura podrán ser consi-

⁷² . Afirma en concreto JOURDAIN («Réflexions...», p. 337) que la abstención en estos casos es fuente del daño, pues impide a la madre ejercer su elección de interrumpir el embarazo o evitar la concepción.

⁷³ . En este sentido se manifiestan BUSTOS PUECHE (*op. cit.*, p. 1700) y Díez-PICAZO GIMÉNEZ (*op. cit.*, pp. 1706-1707), que señalan que no resulta adecuado en estos casos imputar al omisor la responsabilidad por un hecho que requiere de ulteriores actuaciones para su producción. La segunda autora, de hecho, afirma que, como mucho, se trata de supuestos de *perte de la chance* de obtener un diagnóstico correcto.

Ambos pronunciamientos se realizaron con ocasión del supuesto resuelto por la STS de 6 de junio de 1997, en que se produjo un fracaso de la prueba de la amniocentesis que no fue comunicado a la mujer. Pese a ello, se consideró que se había privado a la mujer de la posibilidad de optar por el aborto. Ahora bien, en la línea de los dos autores citados, la sentencia de instancia (SAP Valencia de 28 de noviembre de 1992) ya advertía de que la comunicación de la información sobre el fracaso de la prueba no habría permitido tampoco a la mujer acudir al aborto.

derados causa del falso negativo, pues son éstos los que crean una falsa representación en los progenitores acerca de la ausencia de problemas respecto de la misma⁷⁴.

5. Una vez constatado el enlace causal entre el comportamiento del profesional sanitario y el falso negativo, por acción u omisión, para poder hablar de la privación de la libre decisión sobre la concepción futura ha de constatar, como segundo paso, que a su vez este falso negativo ocasiona el daño reclamado: la privación de la facultad de decisión sobre la libertad de procreación⁷⁵. A este fin, se ha de tener en cuenta que esta privación se basa sobre un presupuesto jurídico, más que sobre uno físico.

De hecho, si se contempla este supuesto desde un punto de vista meramente fáctico, se habría de negar necesariamente la relación de causalidad con el supuesto daño de privación de la libertad de procreación, ya que en el contexto en que se plantean las acciones aquí estudiadas no se puede hablar de privación alguna cuando lo cierto es que los progenitores adoptaron de hecho una decisión: la concepción del niño. Sin embargo, como ya se ha apuntado, el ejercicio de la libertad de procreación requiere algo más que la mera adopción de una decisión; requiere que ésta sea adoptada libre y voluntariamente, de acuerdo con la información relevante teóricamente a disposición de los progenitores⁷⁶. La privación o el defecto en tal información a través del falso negativo impide la libre autodeterminación de la conducta de los progenitores y causa, pues, el daño que supone tal privación⁷⁷.

Jurídicamente, se puede hablar, por tanto, de una falta de ejercicio libre y consciente de la libertad de procreación por parte de los progenitores –aunque desde un punto de vista fáctico optaron por procrear–, privación ésta que enlaza de forma directa con el falso nega-

⁷⁴. Tal es el caso del resto de los ejemplos mencionados, en que el comportamiento omisivo impide la elaboración del diagnóstico que refleje el estado enfermo de la descendencia, siendo pues el origen del falso negativo (siempre y cuando se trate de un supuesto en que concurren indicios de riesgo y que se trate de enfermedades o defectos detectables). Por poner un ejemplo, éste fue el supuesto que se planteó en el caso resuelto por la SAN de 6 de junio de 2001, en que se perdió la prueba necesaria para la elaboración del diagnóstico. Dado que en tal caso parece que resultó acreditado que el resultado de la prueba que se perdió por el camino era positivo, la omisión generó un falso negativo, pues privó a los progenitores de la información relevante.

⁷⁵. En este caso no se han de considerar los posibles daños morales por la falta de preparación psicológica de los progenitores, ya que tales daños se plantean únicamente en fase prenatal, pues se relacionan con el hecho del nacimiento, no con el de la concepción.

⁷⁶. Tal idea la recoge también EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, pp. 178-179), que requiere que el consentimiento se preste de forma libre y consciente. Esto impide considerar perfecta la decisión adoptada cuando se realiza sobre una falsa representación de la realidad, pues en tal caso no hay verdadera autodeterminación.

⁷⁷. En palabras de FURROW (*et al.*): «Although the birth of the child may be a consequence of the loss of this choice, it is entirely derivative of the primary injury –the loss of an ability to make informed procreative decisions» (*op. cit.*, p. 916).

tivo, en tanto que éste el que priva a los progenitores de la información relevante para adoptar esta decisión⁷⁸.

6. Por tanto, el resultado de esto es la posibilidad de afirmar en la fase preconceptiva la existencia de un enlace causal con respecto de los daños cuyo origen se encuentra en eventos anteriores al nacimiento, afirmación que tiene trascendencia para las acciones de *wrongful birth*, pero no para las acciones de *wrongful life*, en tanto que respecto de estas últimas todos los daños reclamados por el niño son posteriores al nacimiento, pues tal evento se constituye como presupuesto de estas demandas de responsabilidad.

1.3.1.2. Los daños relacionados con eventos posteriores al nacimiento: la vida del niño y los daños de rebote

1. Cuando se cuestiona si el comportamiento del profesional sanitario se encuentra enlazado causalmente con los daños derivados de eventos posteriores al nacimiento, son varios los obstáculos que se interponen a la constatación de un nexo causal con tales daños, pues es difícil establecer un enlace causal con respecto del nacimiento –evento del que estos daños traen causa– en el caso de un falso negativo producido en la fase preconceptiva.

Veamos, pues, si es posible establecer una relación entre el falso negativo preconceptivo o preimplantatorio y el hecho del nacimiento.

2. Hay que comenzar afirmando que no hay duda de que la causa del nacimiento se sitúa en la concepción. Es la unión de un gameto masculino y un gameto femenino el que produce la concepción del niño que posteriormente nace. Tras ello, el nacimiento tiene lugar como resultado del conjunto de procesos biológicos que se desencadenan a raíz de di-

⁷⁸ . Como excepción a este principio se podrían encontrar aquellos casos en que los progenitores ya conocían el riesgo de defecto del niño, o los casos (según TROTZIG, *op. cit.*, p. 24) en que debían conocerlo, pues tenían razones para ello. De todas formas, tal excepción es dudosa, pues requeriría contemplar en qué medida es exigible tal conocimiento a los progenitores (a los que hay que suponer generalmente, en principio, legos en medicina) y en qué medida se puede hablar de dicho conocimiento frente a un diagnóstico médico en que se informa precisamente de que no existe riesgo alguno para la procreación futura.

En este sentido, en el caso resuelto por la SAP Málaga, de 31 de marzo de 2000, los apelantes alegaban que la mujer, ATS de profesión, debería haber conocido la existencia de un margen de error en la prueba de la amniocentesis. La Audiencia, sin embargo, no prestó atención a tal argumento, pues partía de la plena fiabilidad de la prueba en cuestión.

cha concepción y que son los que se desarrollan a lo largo del embarazo; procesos que, por otra parte, se producen de manera natural en el cuerpo de la mujer⁷⁹.

Frente a esto, es cierto que en los supuestos de procreación artificial la concepción no obedece a un proceso natural, sino a la actuación del profesional sanitario. Esto permite, en principio, enlazar causalmente la concepción con la actuación del profesional sanitario, consistente en realizar la fecundación o implantar el material genético en el útero materno. Sin embargo, con ello no se logra el nexo causal que aquí se está buscando, pues no es éste el comportamiento relevante del profesional sanitario de cara a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, sino la falta de información sobre el material reproductor o sobre el preembrión, que trae su causa del comportamiento desarrollado en las fases de control previas. El comportamiento por el cual se lleva a cabo la concepción no influye en la decisión adoptada por los progenitores sobre la libertad de procreación: tal decisión es anterior y, por ello, el comportamiento respecto del que se deberá establecer el enlace con los daños que derivan de este supuesto de hecho deberá ser igualmente anterior.

De hecho, las actuaciones del profesional sanitario relativas a la concepción traen causa de la decisión de los progenitores, que se interpone entre la recepción de la información y la actuación tendente a la concepción. Por ello, aunque en estos casos existe una causación material de la concepción, el problema que se plantea de cara a la afirmación de la relación de causalidad con los daños posteriores al nacimiento es el mismo que en el supuesto de concepción natural: el origen del daño que se deriva del nacimiento se encuentra en la concepción y ésta a su vez, deriva de la decisión y el comportamiento de los padres.

3. Este ejercicio positivo de la libertad de procreación, sin embargo, como se acaba de afirmar, no fue libre y consciente, pues no se adoptó con el conocimiento de un factor relevante de la situación, como era la existencia de riesgos que amenazaban a la concepción futura. A partir de ahí, lo que hay que preguntarse en estos casos para comprobar un enlace

⁷⁹ . Aunque pudiera parecer que el hecho de que sean los progenitores quienes optan por la concepción se interpone en el curso causal que pone en marcha el profesional sanitario, esta línea argumental ha de ser puesta en duda cuando se constata, como es el caso, que la intervención de la víctima no es una intervención consciente y libre, sino derivada de la conducta del profesional sanitario, que informa de la falta de riesgos para poder llevar a cabo la concepción. En este sentido se pronuncian con claridad FURROW, *et al.*, (*op. cit.*, p. 916) y, en cierto modo, DEWITT ROGERS (*op. cit.*, p. 750), que afirma que el hecho de que en estos casos la concepción derive de la relación sexual de los progenitores no interrumpe la relación de causalidad con el comportamiento del profesional. Como veremos posteriormente, al examinar la asunción de riesgos por los progenitores, la decisión de éstos, sin embargo, puede tener relevancia cuando se sitúa entre la concepción y el nacimiento, a través de un ejercicio negativo de la facultad de aborto.

causal entre esta decisión de los progenitores y el daño posterior al nacimiento es si realmente se puede atribuir al defecto de información procedente de la actuación del profesional sanitario, o de un evento acaecido bajo su ámbito de control, la causación del ejercicio positivo de la libertad de concepción.

A este respecto, hay que afirmar que, si bien no hay duda de que se impidió ejercitar tal decisión libremente, sí puede dudarse de que tal privación sea necesariamente la causa de la concepción, pues el desconocimiento de la existencia de riesgos en la futura descendencia no determina necesariamente un ejercicio positivo de tal libertad.

4. Efectivamente, como ya se ha indicado anteriormente, los factores que concurren en la decisión de un sujeto sobre la concepción futura son muchos y de muy diverso tipo⁸⁰. Uno de ellos, sin duda, es la posible afección de la descendencia futura, pero no es el único, ni, necesariamente, el más relevante en la escala de valores de una pareja concreta. Prueba de ello es que en la actualidad sigue siendo poco frecuente que las parejas acudan a un diagnóstico preconceptico previamente a la concepción. Sólo cuando existen indicios de riesgo suele llevarse a cabo este tipo de diagnóstico.

Por otro lado, en la situación en que los progenitores disponen de toda la información posible, la decisión tampoco se inclina necesariamente por un ejercicio negativo de la libertad de concepción. Es posible que valoren más otro tipo de factores (ideológicos, religiosos, económicos...) y es, de hecho, frecuente que asuman el riesgo de la afección de la descendencia, esperando a la constatación del mismo en fase prenatal para adoptar una decisión definitiva respecto del futuro de estos seres⁸¹.

Por todo ello, no se puede afirmar con certeza que el falso diagnóstico haya sido el factor relevante en la decisión de los progenitores de concebir. Tal decisión puede adoptarse sobre otro tipo de factores y puede, de hecho, adoptarse tanto en un sentido positivo,

⁸⁰ . Hay que recordar en este punto lo que se indicó al estudiar la causalidad hipotética. Junto a ello, puede traerse aquí a colación la opinión de DASSIO (*op. cit.*, p. 112), cuando comenta la sentencia de la *Cour de Cassation* de 26 de marzo de 1996, y destaca especialmente esta falta de seguridad sobre el factor relevante de la decisión cuanto mayor tiempo ha transcurrido desde el falso negativo. En el caso en cuestión habían pasado cinco años entre dicho diagnóstico y la concepción. Aunque nada impide, como ya se dijo, que este plazo se dilate (sólo se debe establecer un plazo mínimo razonable), lo cierto es que cuanto mayor es el plazo, mayor es la probabilidad de que sean factores distintos los que influyan en la decisión adoptada por los progenitores.

⁸¹ . De hecho, hay que recordar que en el ámbito del diagnóstico preconceptico, especialmente cuando se trata de un diagnóstico de tipo genético, el diagnóstico se emite generalmente en términos de probabilidad de concreción del riesgo en la descendencia futura, no de certeza. Por ello, los progenitores optan en ocasiones por concebir, con la esperanza de que el riesgo no se concrete y confiados en un diagnóstico prenatal ulterior que les revele las circunstancias de la descendencia concebida, para decidir a partir de ello.

como en un sentido negativo. Dado que la información preconceptiva no es presupuesto legal del ejercicio de la libertad de procreación, el sentido positivo o negativo en que se ejercite no siempre puede ser imputado al profesional sanitario.

5. Esto arroja una cierta duda en el curso causal desarrollado en estos casos. La conexión entre el falso negativo y los daños posteriores al nacimiento requiere que el demandante acredite que optó por procrear como consecuencia de la información recibida; acreditación de difícil constatación en la práctica, en tanto que se trata de demostrar cuál fue la razón que llevó a una decisión interna de un sujeto⁸². Para ello sí podrán ser utilizadas las presunciones a las que ya se vio anteriormente que acudía parte de la doctrina, pues se tratará ahora de acreditar un hecho ya acaecido pero desconocido⁸³. Así, a través de otros hechos e indicios (haber acudido al diagnóstico preconceptivo, declaraciones...), se podrá tratar de deducir cuál fue el motivo que guió la voluntad adoptada por los progenitores al ejercer de forma positiva su libertad de procreación.

6. El resultado de lo dicho es que resulta bastante dudoso en estos casos afirmar una relación de causalidad. Ésta podrá llegar a ser acreditada en el caso concreto, de acuerdo con el uso de presunciones, pero no se puede afirmar *a priori*.

Por ello, en el caso de diagnósticos preconceptivos erróneos, han de ser puestas en duda las reclamaciones de responsabilidad por *wrongful birth* que pretenden reclamar un daño posterior al nacimiento, así como en general las acciones de *wrongful life*, en las cuales todo daño se sitúa tras el nacimiento.

1.3.2. La relación de causalidad en los supuestos de diagnóstico prenatal

⁸². Dado que en este caso la prueba a la que aquí se hace referencia es la relativa a la acreditación de la relación de causalidad, hay que entender que la carga de la misma corresponde al demandante, como hecho constitutivo de su pretensión. Por otra parte, imponer en estos casos al profesional la prueba de que la decisión se adoptó por un factor distinto al de la información sobre la ausencia de riesgos sobre la descendencia futura es complicado, pues se trataría de la acreditación ante el tribunal de una decisión que pertenece a la esfera interna y a la intimidad de la persona.

⁸³. DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Diagnósticos II...», pp. 146-147) sostiene que en estos casos debe aplicarse el criterio de *more probable than not*, a través del cual establece la relación de causalidad entre el comportamiento negligente del profesional sanitario y la concepción.

1.3.2.1. Los daños relacionados con eventos anteriores al nacimiento: la privación de la facultad de interrupción del embarazo y el daño moral por la falta de preparación psicológica ante el nacimiento

1. Al igual que hemos visto respecto de los diagnósticos preconceptivos, en relación al diagnóstico prenatal no resulta especialmente complicado afirmar la existencia de un nexo causal entre el comportamiento del profesional sanitario y el daño reclamado, cuando este daño deriva de un evento que se produce con anterioridad al nacimiento del niño.

De hecho, la diferencia entre este caso y el anterior reside en que en el diagnóstico preconceptivo el nexo causal se ha de establecer con la privación de la libertad de procreación, y en éste, con la facultad de aborto (con las diferencias de matiz entre ambas que ello conlleva), así como en que en esta fase se introduce también el posible daño moral por falta de preparación psicológica de los progenitores. Por ello, dada la similitud entre este caso y el anterior, se ha de entender trasladado a este ámbito todo lo estudiado en aquél respecto de la intervención plural de sujetos y las omisiones.

2. El procedimiento que se ha de seguir para constatar la relación de causalidad es básicamente el mismo que se veía en el caso anterior. En primer lugar, se ha de constatar un nexo causal material o fáctico entre el comportamiento del profesional sanitario –tanto activo como omisivo– y el falso negativo, o bien un nexo causal entre el falso negativo y un evento que se haya producido en el ámbito de la actividad o en el ámbito de control del sujeto al que se le imputa la responsabilidad (en el caso de la responsabilidad objetiva o de los sistemas objetivados de responsabilidad).

En segundo lugar, se ha de constatar que este falso negativo produce el daño por el cual se reclama, causación que, al menos en el caso del daño moral por falta de preparación psicológica de los padres, es fácil de afirmar, pues se trata de un daño que deriva directamente del defecto de la información de la que han dispuesto los progenitores. Dado que ése defecto es la esencia del falso negativo, no hay duda de que éste ocasiona tal tipo de daños.

3. Por lo que respecta a la privación de la facultad de aborto como daño, la afirmación de la relación de causalidad requiere de nuevo constatar desde un punto de vista jurídico si el falso diagnóstico elimina o no el supuesto de hecho de la norma cuya privación se dice que causa daño.

La respuesta ha de ser positiva: la existencia de un diagnóstico que refleja un perfecto estado de salud del embrión o feto, o que omite la información sobre tal estado de salud, impide que concurra el supuesto de hecho del cual parte la facultad de decisión sobre el aborto recogida en el artículo 417 bis.1.3º Cp. Esto es así porque tal facultad sólo surge en el caso concreto dispuesto por la norma, pues se trata de un supuesto de despenalización de una conducta típica. Este caso es, en concreto, la presunción de que el feto haya de nacer con graves taras físicas o psíquicas (y que así se haga constar por un total de tres dictámenes médicos). Por este motivo, la falta de constatación de la presencia en el feto de una afección o enfermedad grave excluye la posibilidad de subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de la norma, impidiendo que se produzca su consecuencia jurídica: la facultad de interrupción del embarazo. Por tanto, la relación de causalidad entre el comportamiento del profesional sanitario y este daño resulta patente⁸⁴.

4. Por tanto, la conclusión en este caso es la misma que se alcanzó en relación con la reclamación de este tipo de daños en los casos de error en el diagnóstico preconceptico: es posible establecer un curso causal que una estos daños con el comportamiento del profesional sanitario o con los eventos producidos en su ámbito de control que tengan por efecto la producción de un falso negativo.

1.3.2.2. Los daños relacionados con eventos posteriores al nacimiento: la vida del niño y los daños de rebote

1. La cuestión que se ha de resolver a continuación es si se puede afirmar o no que este falso diagnóstico en fase prenatal produce el nacimiento, ya que los daños a los que ahora se hace referencia surgen, directa o indirectamente, a partir de este hecho. Por tanto,

⁸⁴ . Coinciden con esta opinión, al menos, tres autores: por un lado, PÉREZ-TENESSA (*op. cit.*, p. 59), en tanto que admite —eso sí, sin mayor justificación— la conexión entre el error de diagnóstico prenatal y la pérdida de la oportunidad de interrumpir voluntariamente el embarazo. Por otro lado, CECCHINI ROSELL (*op. cit.*, p. 190), sostiene: «a la actuación del médico le es imputable objetivamente la imposibilidad de poder optar por interrumpir el embarazo en los supuestos legales» (lo que complementa con la afirmación de que se ha producido una privación real del derecho a optar por interrumpir el embarazo en la situación concreta). Finalmente, BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («7 de junio de 2002», p. 864), cuando dice que existe un nexo causal entre la atención sanitaria deficiente y la privación a la madre de la facultad de decidir.

En estos casos, por tanto, se impide la adopción de cualquier decisión, no sólo de una decisión consciente. Como declara la SAP de Madrid, de 5 de mayo de 1998, «la no realización de las pruebas, perfectamente posibles, según el estado de la técnica médica o, al menos, la no información sobre su posibilidad, resultados y riesgos, determinó que la demandante careciera del conocimiento sobre la real situación del embarazo y del feto y, en consecuencia, le privó de la posibilidad de decidir lo que estimara más conveniente en virtud del derecho que el legislador le confiere en tales casos».

de cara a la constatación en estos casos de un nexo causal es necesario poder afirmar que el comportamiento del profesional sanitario fue la causa del nacimiento. El curso causal que comenzó con la concepción, siguió con la intervención del profesional sanitario —o el evento que le es imputable—, el consiguiente diagnóstico erróneo y el desarrollo del embarazo, ha de llegar al nacimiento (presupuesto para la concreción en el niño de los males o defectos que originan los daños a los que ahora se hace referencia)⁸⁵.

Tal cuestión es ciertamente difícil, salvo que se admita la interpretación que aquí se propone para tratar de relativizar dicha dificultad.

2. En principio, hay que señalar, como en el supuesto del diagnóstico preconcepcivo o preimplantatorio, que la causa del nacimiento es el hecho de la concepción. A partir de ella, se desarrolla el proceso de embarazo que conduce al nacimiento; proceso que, desde un punto de vista biológico, únicamente se interrumpe en determinados casos en que la naturaleza o la incidencia de agentes externos así lo producen. Tal es el caso de los llamados abortos espontáneos.

Ahora bien, en el ámbito en que aquí nos encontramos, a esta realidad biológica se le ha de superponer una realidad jurídica, que es la que se corresponde con la regulación de la interrupción del embarazo. Con ella se abre la posibilidad de establecer un obstáculo entre el hecho de la concepción y el hecho del nacimiento, de manera que se niegue el principio absoluto de causa-efecto entre ambos eventos.

Por ello, la afirmación de que el proceso de embarazo, que lleva necesariamente al nacimiento, sólo se interrumpe por la incidencia de un aborto natural, ha de ser complementada con esta visión jurídica: también se puede interrumpir voluntariamente cuando se trata de un supuesto recogido en el artículo 417 bis.1 Cp. En tales casos, si la titular de la facultad de aborto decide ejercitarla en sentido positivo, el aborto se producirá y no nacerá la criatura concebida; si, por el contrario, decide ejercitar tal facultad en sentido negativo, el embarazo seguirá su curso y, salvo que intervenga la naturaleza y se produzca un aborto espontáneo, el nacimiento se producirá irremediablemente⁸⁶.

⁸⁵ . Un desarrollo causal de los acontecimientos hilados lo lleva a cabo DREYFUSS-NETTER (*op. cit.*, p. 2).

⁸⁶ . La idea que aquí se quiere transmitir es la que recogen BOPP, BOSTROM y MCKINNEY (*op. cit.*, p. 472), cuando afirman que antes del caso *Roe v. Wade* [reconocimiento del derecho al aborto en Estados Unidos], «a pregnant woman was under a legal duty, imposed by the anti-abortion statutes, to give live birth». Por tanto, únicamente en aquellos países en los que no se permite la práctica del aborto se puede afirmar con certeza que toda concepción deriva en el nacimiento (salvo que la naturaleza intervenga).

3. La cuestión, no obstante, es qué ocurre cuando esta facultad no se puede ejercitar, puesto que —como ocurre en estos casos— existe un comportamiento que impide que se constate el presupuesto de hecho a partir del cual se apoya la norma que prevé tal facultad. Pues bien, empleando un argumento lógico apoyado en la regulación del Ordenamiento, se puede afirmar —no sin ciertas dudas— que en estos casos la consecuencia directa es el nacimiento del niño: no poder decidir tiene, por tanto, el mismo efecto que decidir en contra de la interrupción del embarazo (con la diferencia de que en estos casos el resultado no es asumido por el titular de la decisión). Ésta parece ser la única forma de afirmar una relación de causalidad en este caso. Veamos cómo se desarrolla esta argumentación:

El punto de partida sería que en aquellos casos en los que «se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas», el embarazo se puede interrumpir si así lo decide la madre. Con ello, como se ha dicho, la regulación del artículo 417 bis.1.3º Cp parece tener como consecuencia que el hecho del nacimiento no sólo deriva de la concepción, sino también de la intervención de un elemento jurídico: la decisión de la madre de no interrumpir el embarazo. En otras palabras, ante la existencia de un sistema en el cual se reconoce la posibilidad de aborto embriopático, en el caso de que el embrión o el feto sufran de un defecto o enfermedad, la concepción por sí sola no es suficiente para producir el nacimiento sino que es necesario también que se haga un uso negativo de la facultad que ofrece en estos casos el Ordenamiento a la mujer, como salvaguarda y protección de sus intereses. Por tanto, el nacimiento depende, por un lado, de la naturaleza; pero, por otro, de la regulación jurídica que permite a la mujer impedir tal evento.

En este contexto, la actuación del profesional sanitario, o el evento que produce el falso diagnóstico, impide que se constate el presupuesto de hecho sobre el cual ofrece el ordenamiento esta posibilidad a la mujer. Impide que se pueda alcanzar un diagnóstico que refleje el verdadero estado de salud del embrión o feto, presupuesto del artículo 417 bis.1.3º Cp. Con ello, se elimina la posible concurrencia del obstáculo «jurídico» al nacimiento y se permite que la naturaleza siga su curso hasta el mismo⁸⁷. De esta manera, se puede considerar que se «causa» el nacimiento, al eliminar el obstáculo que se le podía interponer⁸⁸.

⁸⁷. Ésta es una idea que, aunque no con mucha frecuencia, se baraja por algunos autores. En concreto, en el derecho francés parece estar presente en AUBERT (*op. cit.*, p. 491), cuando declara que el comportamiento negligente del profesional, al impedir la decisión de la madre, es el origen de la situación que resulta de la continuación del embarazo hasta su término. El nacimiento es el resultado del obstáculo opuesto a la puesta

4. La posibilidad de que el nacimiento en todo caso no se produzca por el acaecimiento de un aborto espontáneo no debería contradecir lo que se ha indicado. Esto es así porque el aborto espontáneo se produce como acontecimiento externo a la voluntad del profesional sanitario y de la mujer, en cuya posibilidad remota no se puede hacer descansar la negativa de la relación de causalidad⁸⁹. Es cierto que parece que impide, *a priori*, afirmar la certeza del curso causal, pero no más que la posibilidad siempre presente en cualquier curso causal de que en el enlace existente entre una causa y un efecto hubiera intervenido un evento de caso fortuito o por fuerza mayor. Se trata de eventos hipotéticos que, como tales, no deben ser tenidos en cuenta, pues lo que priman son los hechos.

Por otra parte, hay que subrayar que en el caso concreto en que se reclama por *wrongful birth* y *wrongful life* precisamente no ha concurrido esta posible incidencia en el curso causal, luego no hay por qué suponerla⁹⁰.

en práctica de la decisión de la madre. Por otro lado, de forma más atenuada y con matices, parece estar presente en VINEY y JOURDAIN (*op. cit.*, p. 15), cuando indican que no existe un obstáculo a la relación de causalidad cuando en el caso concreto concurrían las condiciones previstas por la ley cuando se suministró la información defectuosa; así como en el transfondo de la afirmación de REINHART (*op. cit.*, p. 1084) de que el médico es el último eslabón de la cadena causal que lleva al nacimiento del niño discapacitado.

Por su parte, MANNSDORFER (*op. cit.*, p. 101), autor de nacionalidad suiza, parece aludir también a esta vía de afirmación de la relación de causalidad cuando afirma: «debido a que los padres no pueden decidir libremente, se hace posible el nacimiento del hijo discapacitado». Posteriormente, añade: «el niño ha nacido, finalmente, por el comportamiento contrario al contrato o a un deber de cuidado del personal médico» (p. 102). Lo curioso es que con ello afirma no la acción de los padres, sino la del hijo.

⁸⁸. Esta argumentación explica que el enlace causal sea difícil de afirmar en aquellos casos en los que el Ordenamiento únicamente prevé como motivo de aborto el terapéutico. En la medida en que el estado enfermo del *nasciturus* no conlleve un riesgo para la mujer, no surge la facultad de aborto, de manera que no se interpone la posibilidad jurídica de interrumpir el proceso de embarazo. El mal o defecto del niño no es suficiente para que el Ordenamiento permita establecer una facultad de la mujer para interrumpir el embarazo en curso, luego no existe obstáculo jurídico frente al desarrollo natural. La exclusión de estos supuestos de las acciones aquí estudiadas deriva, pues, también de la relación de causalidad.

⁸⁹. Del mismo modo que el sujeto que lleva a cabo una actuación cuyo desarrollo es susceptible de producir un daño no puede confiar en que una vez producido éste quede exonerado de responsabilidad por la posibilidad que existía de que el riesgo por él creado no se concretara en daño por la intervención de un evento externo a su control, el profesional sanitario que actúa negligentemente e impide la adopción de una decisión respecto de la concepción o de la interrupción del embarazo no puede ampararse en que el daño que se concretó a partir del riesgo por él creado podía haber desaparecido de producirse un aborto natural o espontáneo, que no se produjo en el caso concreto.

⁹⁰. Dicho de otra forma, en el caso de estas acciones se trata de comprobar si el falso negativo puede considerarse o no la causa del nacimiento que se ha producido. Sobre la base de la argumentación desarrollada, se comprueba que este diagnóstico causó jurídicamente tal daño, pues eliminó el obstáculo que permite imponer el Ordenamiento al nacimiento en los casos concretos del artículo 417 bis.1 Cp. Tal eliminación permitió que siguiera el embarazo hasta el nacimiento (y, en tal sentido, causó éste). Aunque desde un punto de vista teórico o abstracto se pudiera plantear que el nacimiento no se habría producido en caso de aborto espontáneo, tal evento no estuvo presente en el caso concreto, por lo que no ha de ser tenido en cuenta.

5. La conclusión que se puede aventurar es, pues, la siguiente: desde el punto de vista biológico, el comportamiento del profesional sanitario o el evento que se origina en su ámbito de control —que produce la privación de la información sobre el estado del *nasciturus*— no causa el nacimiento; jurídicamente, en cambio, se puede considerar en cierto modo que sí, pues tal comportamiento o tal evento elimina la posibilidad de interrumpir el proceso de embarazo y, con ello, tiene como consecuencia que éste se desarrolle hasta su fin; es decir, hasta el nacimiento.

6. Frente a este curso causal, que ciertamente no está libre de dudas o críticas, al demandado sólo le queda la posibilidad de acreditar que el resultado del nacimiento se habría producido igualmente de haber dispuesto la mujer de la opción de interrumpir el embarazo (solución que, como se ha visto, es la que ha sido manejada por nuestro Tribunal Supremo en la sentencia de 7 de junio de 2002). Por tanto, la prueba de la conducta alternativa conforme a derecho será la vía por la cual tratar de impedir la imputación del daño al profesional sanitario. Con ello se trataría de acreditar que el nacimiento del niño no responde a la existencia o inexistencia de la normativa del aborto, sino a las propias ideas, convicciones o circunstancias de la mujer, que en todo caso habría optado por la vida del niño; y, consiguientemente, que el comportamiento del profesional sanitario no incrementó el riesgo del resultado dañoso producido⁹¹.

Sin perjuicio de que posteriormente se examine este criterio del incremento del riesgo con mayor detenimiento, hay que advertir de que la prueba a la que aquí se hace referencia no sólo resulta difícil en sí misma, sino que, además, se trata de un tipo de prueba difícil de aceptar, como ya se dijo, pues se inmiscuye en la esfera íntima de la madre⁹². Además, en todo caso, al igual que exigían MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU⁹³, hay que partir de que si se admite esta vía de acreditación de la imputación de la responsabilidad, se deberá exigir con rigor la prueba en la que se basa y no reconocer sin más la falta de responsabilidad sobre la alegación del demandado.

⁹¹. En este sentido se puede admitir una distinción que propone DE ÁNGEL YAGÜEZ (*Responsabilidad civil...*, pp. 165-166; «La segunda...», pp. 127-128) entre dos problemas de causalidad: el que une la actuación del profesional con el aborto impedido y el que se refiere a cuál habría sido la decisión de la madre de haber podido optar. Este segundo será relevante únicamente en la medida en que se trate de acreditar que el nacimiento se habría producido de todas formas aunque le hubiera sido ofrecida a la mujer la facultad de aborto.

⁹². MARTÍN CASALS, *op. cit.*, p. 208.

⁹³. «Sentencia...», pp. 1113-1114.

7. De todas formas, hay que aclarar una cuestión respecto del enlace aquí propuesto que emplea una interpretación jurídica del curso causal de los acontecimientos apoyada en la normativa del aborto. Se podría argumentar en su contra que rompe con las reglas de causalidad estricta, pues se basa en argumentaciones jurídicas, más que en presupuestos fácticos. La causa directa o inmediata del comportamiento negligente del profesional sanitario no son los daños que reclaman los progenitores o el niño, sino la emisión de un diagnóstico erróneo. Éste sólo complementado con la perspectiva de la normativa relativa al aborto puede ser considerado como causa del nacimiento y, a partir de ahí, de los daños subsiguientes. Por este motivo, se podría considerar que más que un enlace causal directo, nos encontramos ante un enlace causal indirecto⁹⁴.

Tal posible crítica tiene ciertamente razón en la medida en que la argumentación aquí propuesta acude a una interpretación de la relación de causalidad que excede de los límites de lo material o lo fáctico. Ahora bien, es una interpretación que es coherente con la regulación del Ordenamiento y con el peculiar supuesto de hecho presente en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. El planteamiento de un daño identificado en la privación de una facultad legal aleja este supuesto, como ya se advirtió, de las teorías tradicionales, y requiere examinar el curso causal integrando el caso concreto en el supuesto de hecho de la norma. Al encontrarse el daño en un evento jurídico y no en uno de hecho, ha de cambiar necesariamente la perspectiva de la relación de causalidad. Es necesario interpretar este elemento de la responsabilidad conforme a los presupuestos del sistema, lo cual permite realizar determinados giros causales no aprehensibles de forma directa conforme a reglas físicas o materiales.

Es posible que esta intervención de criterios jurídicos para la afirmación del nexo causal aproxime este problema a un problema de causalidad jurídica, más que a los proble-

⁹⁴. Este enlace indirecto, si es que realmente es lo que aquí se presenta, podría ser un obstáculo si se parte de la exigencia de un nexo causal directo, inmediato y exclusivo como ha exigido en ocasiones la jurisprudencia administrativa (COSCULLUELA MONTANER, *op. cit.*, p. 554 y PÉREZ-TENESSA, *op. cit.*, pp. 57-58). De todas formas, sin perjuicio de que, como señala el segundo autor, también algunas sentencias consideran suficiente la relación de causalidad indirecta, mediata y exclusiva —según MARTÍN REBOLLO («Estado de la cuestión...», pp. 63-64), la tendencia inicial se rompió a partir de la STS de 16 de noviembre de 1974—, cuando en tal ámbito se hace referencia al adjetivo «directo», en realidad lo que se exige es que el daño sea causado por el funcionamiento del servicio público, no fuera de él. Lo que se excluye, en definitiva, es que el origen del daño se encuentre en un evento ajeno al ámbito de responsabilidad de la Administración. No es, pues, el problema que aquí se plantea.

mas de causalidad fáctica o material; pero, en todo caso, esta apreciación no lleva a negar la relación de causalidad, sino, si acaso, a apreciarla desde un distinto punto de vista.

8. El resultado de todo esto es que existe una cierta posibilidad de afirmar un enlace causal (más o menos directo y cierto) sobre el cual reclamar la responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* respecto a los daños posteriores al nacimiento en el caso de diagnóstico prenatal erróneo. Tal vía, aunque no exenta de dificultades y de posibles críticas, establece un enlace entre el comportamiento del profesional sanitario y el hecho del nacimiento a partir del cual se podría plantear la responsabilidad en estos casos.

1.3.3. La relación de causalidad en los supuestos de diagnóstico indirecto

1. Como ya se ha visto a lo largo de las páginas anteriores, con la denominación de «diagnóstico indirecto» se hace referencia a aquellos casos en los que la prestación sanitaria a la que se somete uno de los progenitores no tiene por objeto la procreación futura. El supuesto de hecho de estas acciones se presenta cuando en el desarrollo de una prestación médica se descubre, bien una determinada dolencia transmisible a la descendencia futura (de la cual se debería informar al paciente), o bien la presencia de indicios de riesgo que aconsejan la práctica de un diagnóstico preconceptico (para ver la probabilidad de concreción del riesgo en la descendencia futura) o de un diagnóstico prenatal (para comprobar si el embrión o feto se ve afectado por ellos).

2. El planteamiento de la relación de causalidad en estos supuestos se presenta como especialmente complicado, pues el diagnóstico indirecto erróneo surge generalmente como un comportamiento omisivo relacionado con la obligación de información. La conducta del profesional sanitario consiste en no informar de los efectos para la descendencia futura o ya concebida de una determinada dolencia constatada en el progenitor (*v.gr.*, SIDA, sífilis o rubéola), o en no aconsejar la práctica de un diagnóstico preconceptico ante la existencia de indicios de riesgo en el paciente (*v.gr.*, malformaciones o enfermedades genéticas). Por ello la afirmación de la relación de causalidad en estos casos conlleva ya desde un principio la dificultad aparejada a las omisiones, a la que ya hicimos referencia en su momento.

Por otro lado, de cara a la afirmación del nexo causal, hay que distinguir a su vez entre los dos supuestos en que se puede plantear: el caso de que se constate un mal o defecto de incidencia directa sobre la concepción futura y el caso de que se constate un riesgo.

3. En el primero de los supuestos, la omisión de la información se ha de equiparar con claridad a un falso negativo. Aunque no se trate de una información esperada por el paciente, su ausencia equivale a la información sobre la inexistencia de males o defectos, pues en materia de concepción el principio es la normalidad y la excepción la anormalidad. Por ello, allí donde no se informa de que existan problemas para la descendencia futura, los progenitores carecen de información relevante para adoptar sus decisiones, pues parten del presupuesto de que no existe problema alguno (esto es, un falso negativo).

Así, estos supuestos en realidad no se diferencian de los de diagnóstico preconceptivo o prenatal normales, en que el objeto de la prestación tiene como contenido la información sobre la descendencia futura. El hecho de que en estos casos la prestación no se centre en tal objeto no es obstáculo, puesto que, como se indicó en su momento, forma parte del deber de información del profesional sanitario comunicarle al paciente los efectos del mal que se ha constatado, lo cual incluye la información relativa a la descendencia futura. Por tanto, la constatación de la relación de causalidad respecto de los daños reclamados a través de estas acciones, deberá realizarse igual que se ha visto respecto a los daños preconceptivos y prenatales que se originan por eventos anteriores o posteriores al nacimiento.

4. No ocurre lo mismo cuando lo que se constata es un riesgo de cara a la descendencia futura y se omite el consejo de la conveniencia de someterse a un diagnóstico preconceptivo o prenatal. En estos casos en que la confirmación del riesgo requiere la actuación ulterior de otro profesional especializado, la conducta del profesional sanitario o el evento que lleva a la omisión del consejo no priva por sí misma de la información sobre la salud del *nasciturus* o de los riesgos a que se ven sometidos los *concepturi*, sino que priva de la posibilidad de acudir a un diagnóstico a través del cual constatar este riesgo. No existe un falso negativo, tal y como se indicó anteriormente en relación a las omisiones⁹⁵.

De hecho, la falta de información sobre la existencia de un riesgo, por sí misma, no priva de la facultad de aborto, puesto que tal facultad requiere como presupuesto que se constate la existencia en el *nasciturus* de un defecto grave. La existencia de un indicio de

⁹⁵ . El deber que pesa en estos casos sobre el profesional sanitario consiste en informarle de la posibilidad de un riesgo para la descendencia futura, no en realizar el diagnóstico preconceptivo o prenatal —para el que es probable, por otra parte, que ni siquiera esté cualificado—, a través del cual se confirme o descarte tal riesgo. Este diagnóstico posterior depende de la decisión del paciente, que se habrá de dirigir al profesional adecuado para su práctica o que habrá de prestar su consentimiento a las intervenciones necesarias para desarrollar estas prestaciones distintas de las pactadas en la prestación que se estaba desarrollando.

riesgo, por sí misma, no es suficiente para que la mujer disponga de la facultad del artículo 417 bis.1.3° Cp; es necesario realizar un diagnóstico en que se acredite la concreción del mal en el embrión o feto. De igual forma, la constatación de un indicio de riesgo preconceptivo no se constituye por sí misma en información relevante para la adopción de una decisión informada sobre la concepción futura, sino que tal información la proporciona el diagnóstico que, en su caso, se practique.

Por tanto, el comportamiento del profesional sanitario en estos casos produce directamente la privación de la posibilidad de acudir a un diagnóstico preconceptivo o prenatal y sólo indirectamente, un hipotético falso negativo. Por este motivo, resulta difícil afirmar una relación de causalidad directa en estos casos con respecto de una privación de la información sobre el estado de salud del *nasciturus* o con respecto de los riesgos que amenazan al *concepturus*. Más bien lo que existe es una privación de la posibilidad de acceder al diagnóstico que pueda proporcionar tal información. Consiguientemente, la posibilidad de reclamar responsabilidad por *wrongful birth* o *wrongful life* en estos casos será dudosa, puesto que, aunque exista un comportamiento negligente y un daño, no se puede establecer una relación de causalidad entre ambos.

1.4. La interrupción del nexo causal

1. En el supuesto de hecho que da lugar a una reclamación de responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life*, así como, en general, en cualquier supuesto en que se reclama responsabilidad, pueden concurrir determinados eventos que interrumpan la relación de causalidad establecida entre el comportamiento del agente y el daño. Tal ruptura del nexo causal exonera de responsabilidad al agente del cual se reclamaba ésta. Se considera que en esos casos el daño es producido por el evento interruptor y no por el sujeto en sí, motivo por el cual éste no debe asumir la carga del daño.

2. En la medida en que estos eventos pueden incidir en el curso causal desplegado en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*—incidencia que se producirá generalmente en el curso causal desarrollado con anterioridad al falso negativo, constituyéndose, precisamente, como causa de éste— es necesario estudiar en general cómo pueden intervenir en el supuesto de hecho de las acciones estudiadas y cuándo han de exonerar de responsabilidad al profesional sanitario.

Para esta última cuestión, como se verá, habrá que tener especialmente en cuenta en qué sistema de responsabilidad se plantee el contexto de estas acciones, ya que, como se verá, el efecto exonerador de estas causas de ruptura del nexo causal no se produce por igual en todos los sistemas.

1.4.1. El caso fortuito y la fuerza mayor

1. Aunque la cuestión suscita ciertas dudas, la fuerza mayor y el caso fortuito suelen ser estudiados en el marco de la relación de causalidad, como eventos que producen una interrupción del nexo causal entre el comportamiento del responsable y el daño⁹⁶; eventos que, en tanto que no se asignen diversos efectos a uno que a otro, son sinónimos y se denominan de forma general de acuerdo con la segunda de las expresiones⁹⁷.

⁹⁶ . En este sentido, por todos, LACRUZ BERDEJO (*Elementos II-2...*, p. 493) sostiene: «el caso fortuito, en cuanto interferencia en la relación de causalidad, es algo distinto de la *no culpa*: ya porque, frente al concepto negativo de ésta, tiene un concepto positivo de acontecimiento imprevisible o inevitable que se introduce en la historia y desvía su curso, ya porque, a veces, el caso exime de responder en el supuesto de conducta negligente, que no hubiera causado por sí sola el perjuicio». Por otro lado, en el ámbito de la responsabilidad contractual, Díez-PICAZO (*Fundamentos II...*, p. 578) sostiene que el caso fortuito cumple el papel de hecho impositivo del cumplimiento, de manera que rompe la relación de causalidad entre el comportamiento del deudor y el daño. A esto se añade, ya para acabar, la opinión de CUEVILLAS MATOZZI que no sólo considera al caso fortuito y a la fuerza mayor como interruptores del nexo causal (*op. cit.*, p. 174), sino que además, considera que metodológicamente es ahí donde corresponde ser estudiado, y no en relación a la culpa (p. 179).

Frente a ello, es estudiado dentro de la culpa por diversos autores (entre otros, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado...*, p. 301; «Artículo 1902...», p. 358; Díez-PICAZO, *Daños...*, p. 366 o ROCA TRÍAS, *Derecho...*, p. 67).

⁹⁷ . Como señalan CARRASCO PERERA («Artículo 1105...», p. 631) y GÓMEZ CALLE («Caso fortuito...», p. 949), el artículo 1105 Cc no utiliza el concepto de caso fortuito y fuerza mayor ni distingue entre ellos, sino que la distinción es realizada por la doctrina. Ahora bien, tal distinción será relevante únicamente allí donde se asigne un diverso efecto al caso fortuito frente a la fuerza mayor. En cambio, en ausencia de un precepto a partir del cual se establezcan distinciones de cara a la responsabilidad entre el caso fortuito y la fuerza mayor, similar al que puede contenerse en otros ámbitos, hay que entender que se responde por ambos.

En este sentido, CARRASCO PERERA sostiene que cuando nada se diga sobre una distinción, habrá que entender que la remisión es a ambos («Artículo 1105...», p. 638). Así, la diferencia no es necesaria en la responsabilidad extracontractual, donde ambos producen la exoneración de responsabilidad, como corrobora el Tribunal Supremo (CUEVILLAS MATOZZI, *op. cit.*, p. 172). Complementando esta idea, LACRUZ BERDEJO (*Elementos II-2...*, p. 494) destaca que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual no es necesario establecer tal distinción, puesto que, salvo en el caso del artículo 1905 Cc, y en determinadas normas especiales sobre responsabilidad objetiva, carece de efectos la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor.

Ejemplos de distinción entre ambos eventos se encuentran en la responsabilidad contractual, donde en ocasiones se admite la exoneración de responsabilidad únicamente por los acontecimientos imprevisibles e inevitables a los que denomina generalmente «caso fortuito» (supuesto del comodato –artículos 1744 y 1745 Cc–, el depósito –artículo 1784 Cc– y de la gestión de negocios ajenos –artículo 1891 Cc–). Del mismo modo, en la responsabilidad objetiva, generalmente se admite sólo exoneración por fuerza mayor. En estos casos, según BADOSA COLL (*Diligencia...*, p. 840), se contempla por decisión legal la posibilidad de que el caso fortuito sea fundamento de responsabilidad para el deudor.

2. Junto a ello, como se insinuó al estudiar la imputación de la responsabilidad en los sistemas de responsabilidad subjetiva, el caso fortuito y la fuerza mayor se han contemplado también tradicionalmente en estos sistemas como el reverso de la culpa. En presencia de un evento, como lo define el artículo 1105 Cc, imprevisible o inevitable, se ha de considerar que el profesional sanitario no pudo adecuar su conducta a los parámetros de la *lex artis*, por lo que actuó diligentemente; o, dicho de otra forma, que el daño se ha producido sin su culpa⁹⁸. La misma idea de imprevisibilidad e inevitabilidad hace referencia a lo que era exigible del responsable; idea que entronca con la existencia de un parámetro de comportamiento adecuado⁹⁹.

La existencia de corrientes objetivadoras de la extensión y definición de estos eventos ha de remitirse, en cambio, a los sistemas en los que la imputación de la responsabilidad se realiza a partir de criterios de riesgo¹⁰⁰. Correspondientemente, en tales sistemas

⁹⁸ CUEVILLAS MATOZZI (*op. cit.*, p. 182) señala que la mayoría de los autores son partidarios de distinguir entre caso fortuito o fuerza mayor frente a ausencia de culpa (posición a la que él se adhiere, p. 185; y en la que se ha de contar también, entre otros, a YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, pp. 127-128, 198). La doctrina tradicional, no obstante, identificaba ambos conceptos (así lo señala CARRASCO PERERA, «Artículo 1104...», p. 591), identificación que es correcta mientras se interpreten estos elementos de manera coherente como eventos imprevisibles e inevitables. De todas formas, hay que indicar que señala CARRASCO PERERA («Artículo 1104...», pp. 587 y 602) que esta polémica carece de relevancia, puesto que en la práctica no se entra en ella (y el deudor no trata de demostrar su diligencia, prueba prácticamente imposible, sino el acaecimiento de un caso fortuito).

⁹⁹ En este sentido, GÓMEZ CALLE («Caso fortuito...», p. 949) define el caso fortuito como el que «se deba, con relación causa-efecto, a un evento ocurrido sin intervención de la voluntad del deudor, imprevisible o, aun previsto, inevitable». REGLERO CAMPOS considera la previsibilidad y la evitabilidad como elementos necesarios de la imputación de responsabilidad («Los sistemas...», pp. 191-194).

La mayoría de la doctrina relaciona el concepto de inevitabilidad y previsibilidad con el de la diligencia. Por citar una serie de ejemplos, tanto CARRASCO PERERA («Artículo 1105...», pp. 662-663), como GÓMEZ CALLE («Caso fortuito...», p. 949) remiten el concepto de inevitabilidad a lo que le es exigible al deudor. Del mismo modo, PANTALEÓN PRIETO («Cómo repensar...», p. 465) sostiene que la inevitabilidad no puede entenderse en términos absolutos, puesto que, en dichos términos todo es evitable (gastando ilimitadamente en I+D, u omitiendo sin más la actividad del causante del daño). Finalmente, para LACRUZ BERDEJO (*Elementos II-2...*, p. 495) y BADOSA COLL («Artículo 1105...», p. 43) es inevitable aquél evento que presenta una dificultad tal que no puede ser superada con la diligencia que ha de aplicarse en el caso concreto.

¹⁰⁰ El origen de esta dualidad de criterios para tratar la exoneración por caso fortuito y fuerza mayor se remonta, en cierto modo al derecho romano. Frente a una situación inicial en el derecho clásico en la cual se preveían determinados supuestos específicos en los que el deudor respondía sin culpa, y otros en los que quedaba exonerado por la concurrencia de lo que indistintamente se denominaba *casus fortuitus*, *damna fatalia* o *vis maior* (como límites de la responsabilidad del deudor contractual), en época de Justiniano se lleva a cabo un proceso de subjetivización a partir del cual las hipótesis que eran originariamente de responsabilidad sin culpa se transforman y se explican a partir de dos nuevas figuras, la *culpa levissima* y la diligencia del *diligentissimus pater familias* (con lo que la responsabilidad es por culpa, y sin culpa no hay responsabilidad). Con ello, el caso fortuito y la fuerza mayor se construye a partir del criterio de diligencia.

Frente a esto, Exner retrocede al sistema original y propone la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor al margen del concepto de diligencia, conforme a parámetros objetivos de externidad o interinidad del evento dañoso. Las tesis de Exner fueron criticadas por Trimarchi, que proponía la aplicación de la distinción

el caso fortuito y la fuerza mayor se reinterpretan sobre la base del riesgo asumido y se declara la responsabilidad del sujeto en cuyo ámbito de actividad o bajo cuyo control se haya producido el daño, así como la exoneración cuando el evento productor del daño provenía de fuera de esta esfera de control. Pero esta interpretación carece de sentido en un sistema basado en la culpa del agente productor del daño, donde no se pueda hablar de un reparto de riesgos entre los sujetos implicados¹⁰¹.

3. Cuando se interpretan estos elementos en su faceta de eventos que interrumpen el nexo causal, parece que la intervención en el supuesto de hecho de un evento calificable como caso fortuito o como fuerza mayor debería llevar a la exoneración de responsabilidad del supuesto responsable, en tanto que él no produce el daño que se le imputa. Sin embargo, como ya se apuntó, en los sistemas de responsabilidad objetiva y objetivada es frecuente la imputación de responsabilidad por el riesgo procedente de la esfera de control de la actividad en que se produce el daño, esto es, por el caso fortuito¹⁰².

no sobre la base del riesgo creado por la empresa, sino del riesgo de la empresa, debiendo combinarse la exoneración de la responsabilidad con los criterios de imprevisibilidad del riesgo. Para una visión más detallada de la evolución de esta cuestión, ver REGLERO CAMPOS («El nexo...», pp. 325-342).

¹⁰¹ . La exoneración de responsabilidad de acuerdo con el criterio del riesgo de producción del daño en el ámbito de control del responsable responde a la idea de que es dentro de la propia esfera de control donde el deudor puede actuar e impedir el daño, motivo por el que se ha de entender que se asume el riesgo del mismo. Pero, a la vez, deriva de la idea de que el titular de una actividad ha de responder por el riesgo generado en el seno de tal actividad y no del daño que procede de eventos externos a la misma, pues en tal caso se trata de daños que no proceden de la actividad en cuestión (igualmente, respecto de la actividad administrativa, ROMERO COLOMA, «La responsabilidad...», p. 122).

Por este motivo, únicamente allí donde la responsabilidad se objetivice y pase a responder a criterios tales como el riesgo de la actividad resultará adecuado establecer una diferencia basada en la imputación de ciertos riesgos al agente productor del daño, pues tal es el criterio rector a partir del cual se estableció la interpretación objetivada del caso fortuito y la fuerza mayor. En este sentido, Díez-PICAZO (*Fundamentos II...*, pp. 589-590) parece distinguir también la interpretación del caso fortuito según si se trata de un sistema de responsabilidad extracontractual o de responsabilidad contractual, estableciendo en este último caso el valor de acontecimiento externo («causa extraña») al control del deudor como criterio de exclusión de la responsabilidad.

De hecho, cuando se alude a la distinción entre la esfera interna y externa del deudor, es raro que sea en sede extracontractual (por ejemplo, GÓMEZ CALLE, «Caso fortuito...», p. 949 o Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema II...*, p. 202). Así, la mayoría de los autores que maneja un parámetro objetivo del caso fortuito y la fuerza mayor lo relacionan con la responsabilidad objetiva. Tal es el caso de BUSTO LAGO («La responsabilidad...», pp. 1460-1461), MARTÍN REBOLLO («Causalidad...», *EJB*, p. 973), REGLERO CAMPOS («El nexo...», p. 342-346). Por lo que respecta a la jurisprudencia, según el último autor citado (pp. 346-356), asimila los dos sistemas de definición del caso fortuito y la fuerza mayor, aunque tiende a identificar la fuerza mayor con eventos externos y el caso fortuito con internos.

¹⁰² . A modo de resumen, en la responsabilidad contractual esta imputación de la responsabilidad por caso fortuito se produce cuando así se ha pactado entre las partes, pero también, si se acepta la interpretación objetivadora de la responsabilidad contractual (no del todo apropiada para el contrato de servicios médicos, como obligación de medios), se produce tal imputación a partir del reparto teórico realizado entre las partes por el contrato (reparto que imputar al deudor la responsabilidad por los daños acaecidos bajo su ámbito de control).

Esta imputación de responsabilidad pese a la existencia de caso fortuito lleva a afirmar con cautela el papel de esta causa de exoneración como interruptora del nexo de causalidad. Dado que la relación de causalidad es un presupuesto de la responsabilidad, no se comprende cómo puede mantenerse la responsabilidad sin tal nexo. Por ello, parece que hay que concluir que, o bien en el supuesto del caso fortuito no se produce tal interrupción (la producción de acontecimientos en el ámbito de control del responsable se ha de equiparar a su causación por él), o bien se ha de negar que la incidencia de estos criterios de exoneración de responsabilidad se produzca sobre la relación de causalidad¹⁰³.

Ninguna de estas soluciones es correcta. En ambos casos se produce la interrupción de la relación de causalidad respecto del sujeto responsable, en el sentido de que en ambos casos el daño no es causado por él. Pero esto no significa que no exista tal relación de causalidad. De hecho, ésta se establece sin duda entre el evento dañoso y el daño, al igual que se hace en general en la responsabilidad objetiva¹⁰⁴. El hecho de que en determinados casos la parte contractual o el titular de una actividad deba responder deriva de su relación con la actividad en la que se produce el daño, que justifica como ya se dijo que se le impute éste subjetivamente. A partir de este criterio —y no del de la causación— se produce la imputación, al igual que en el caso de la responsabilidad por hecho ajeno es la situación de dependencia o la relación con el agente productor del daño el criterio que considera suficiente el Ordenamiento para imputar la responsabilidad. En estas condiciones, se considera suficiente criterio de imputación que el daño provenga del ámbito de la actividad de su titular; mientras que no lo es cuando el daño proceda de un evento externo a tal actividad, ya que en tal caso nada vincula al titular de la misma con el evento dañoso.

Por otra parte, en la responsabilidad extracontractual, ante la inexistencia de reparto de riesgos entre las partes previa a la producción del daño, no se puede imputar al responsable más responsabilidad que la originada por su propia culpa. La excepción vendrá constituida por los supuestos de responsabilidad objetiva, en que lo general es que sólo se produzca la exoneración de responsabilidad por fuerza mayor (de manera que se responde tanto por culpa, como por caso fortuito, interpretado éste como el evento interno a la esfera de control o al ámbito de la actividad desarrollada); sistema que se corresponde igualmente con el de responsabilidad administrativa.

¹⁰³ . Esta idea se encuentra presente en algunos autores. Tal es el caso de REGLERO CAMPOS («Conceptos...», p. 51; «El nexo...», pp. 285-286), que señala cómo la aparición de los sistemas de responsabilidad objetiva han llevado a revisar este principio, de manera que en ocasiones la responsabilidad se atribuye por la mera producción del daño en el ámbito de una actividad (como estudia posteriormente, en pp. 317-318). Igualmente, SALVADOR CODERCH (*op. cit.*, p. 1) señala que en ocasiones la relación de causalidad ni siquiera aparece (pues se responde por otros motivos).

¹⁰⁴ . Así lo afirman expresamente DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Tratado...*, p. 751; «Artículo 1902», p. 409) y ROCA TRÍAS (*Derecho...*, p. 142).

4. Establecidas estas precisiones respecto de la posible exoneración de responsabilidad cuando el daño sea debido a caso fortuito, ha de afirmarse que en el ámbito de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* es posible que el falso negativo del cual emanan los daños reclamados en cada una de estas acciones sea debido a un evento de caso fortuito o de fuerza mayor, conforme al cual se haya de negar la responsabilidad del profesional sanitario allí donde no le sea imputable la responsabilidad por tal evento.

Con ello no hacemos referencia sólo a los casos ya analizados, relacionados con falsos negativos cuyo origen se encuentra en los riesgos del desarrollo o en los límites del conocimiento científico y técnico, sino a cualquier otro evento que influya en la elaboración del diagnóstico, provocando su error, y cuyo origen no se encuentre en un comportamiento del profesional sanitario, o en la omisión de un comportamiento debido de acuerdo con la *lex artis ad hoc*¹⁰⁵.

5. De todas formas, hay que destacar que la mayor parte de estos supuestos se plantean como eventos cuya producción se sitúa dentro del ámbito de la actividad, o en el ámbito de control del profesional sanitario (caso fortuito). Los casos de fuerza mayor en general sólo se producirán en la fase de comunicación del diagnóstico, una vez elaborado éste, ya que en las fases anteriores, los eventos que inciden en la elaboración del resultado es difícil que se planteen como externos al ámbito de control o al ámbito de la actividad médica desarrollada. Por ello, cuando la reclamación de responsabilidad se realice a través de un sistema de responsabilidad objetiva u objetivada, generalmente no se producirá la exoneración de la responsabilidad, sino la imputación de la misma; sólo se exonerará el profesional de tal responsabilidad si realmente el daño se produce por fuerza mayor.

Únicamente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual subjetiva y en el ámbito de la responsabilidad contractual en que la prestación pactada sea una obligación de medios (y en que no se haya acordado entre las partes una distinta imputación del riesgo derivado de la actividad), quedará exonerado el profesional sanitario por todo supuesto cu-

¹⁰⁵ . Hay muchos ejemplos, pero donde se manifiestan con mayor claridad es en materia de pruebas médicas. En dichos casos puede producirse la intervención de un factor extraño que malogre el resultado de la prueba; factor que, si bien puede ser previsto, no puede ser evitado ni prevenido (v. gr., pruebas de cultivos en las que existe la posibilidad de que la muestra se malogre por factores ajenos a la actividad del profesional sanitario el cual, aunque conoce esta posibilidad, no puede evitarla; o fallos de resultado debidos a un defecto intrínseco del instrumental o del aparato empleado para la práctica de la prueba).

ya previsión y evitación no resultaban exigibles de acuerdo con los criterios que se vieron en su momento en el estudio de la diligencia profesional y la *lex artis ad hoc*.

6. En estos últimos casos, en los que tanto el caso fortuito como la fuerza mayor producen la exoneración de responsabilidad, así como en aquéllos en los que sólo los produce la fuerza mayor, hay que plantearse si tal exoneración ha de admitirse igualmente cuando, junto al evento extraño a la actuación del profesional sanitario, éste realiza un comportamiento que conduce también al falso negativo.

Pese a que la solución de los MAZEAUD a esta cuestión es imputar toda la responsabilidad al sujeto agente, ya que la parte que es debida al caso fortuito o a la fuerza mayor no se puede reclamar a nadie¹⁰⁶, parece más adecuado distinguir del mismo modo que se hizo respecto de la intervención causal de diversos sujetos¹⁰⁷.

De esta forma, si el comportamiento del profesional sanitario era por sí mismo suficiente para producir el falso diagnóstico, deberá asumir la responsabilidad, pese al evento ajeno a su actuación. En cambio, si fue el conjunto de ambos eventos el que produjo el daño, sólo se le puede responsabilizar al profesional sanitario de su contribución causal y no de todo el daño, circunstancia que se deberá tener en cuenta a la hora de establecer la indemnización¹⁰⁸.

1.4.2. La culpa de la víctima y su intervención en la causación del daño

1. Cuando en la causación del daño intervenga un comportamiento de la propia víctima, el nexo causal se verá interrumpido respecto del comportamiento del profesional sanitario¹⁰⁹. En el caso de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* se tratará de aquellos

¹⁰⁶. *Op. cit.*, p. 323. Tal idea es repetida junto a TUNC (*Tratado II...*, pp. 225-228) y posteriormente junto a CHABAS (*op. cit.*, p. 652).

¹⁰⁷. En este mismo sentido, tanto DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Tratado...*, p. 758), como LACRUZ BERDEJO, *et al.* (*Elementos II-2...*, pp. 495-496) o ROCA TRÍAS (*Derecho...*, p. 68) sostienen que se ha de proceder a un reparto o minoración del resarcimiento. Como indica el segundo autor, «no es justo ni exonerar de todo el daño al agente, ni ponerlo todo a su cargo: debe resarcir en proporción a la entidad del daño puesta por él».

¹⁰⁸. Esta misma solución es adoptada por CARBONNIER (*op. cit.*, pp. 393-394).

¹⁰⁹. Según CUEVILLAS MATOZZI (*op. cit.*, p. 169), es necesario que tal comportamiento fuera imprevisible para el agente; requisito que indica que es aceptado por la doctrina y numerosa jurisprudencia. Tal idea es de hecho reforzada por las palabras de DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Tratado...*, p. 816; «Artículo 1902», p. 445) y de YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, p. 208), cuando señalan que en realidad en esos casos no había culpa de ningún género en el llamado agente.

Hay que aclarar que, como señala Díez-PICAZO (*Fundamentos II...*, p. 599), este criterio es aplicable también a la responsabilidad contractual, aunque deberá examinarse en qué medida el daño es imputable al deudor y en qué medida al acreedor. De hecho, hay que añadir que, dado que la actuación de la víctima no se

casos en que la víctima del daño contribuya a provocar el defecto de información acerca del estado de salud del embrión o del feto, o de los riesgos que amenazan al no concebido. Los ejemplos son numerosos, desde el momento en que en el proceso de diagnóstico preconceptivo y prenatal es fundamental la intervención de los progenitores y su actuación.

Así, como ya se apuntó, el defecto de información es debido a la víctima cuando, a la hora de proporcionar la información necesaria para elaborar los antecedentes clínicos sobre los cuales calificar el embarazo de riesgo o detectar los indicios de riesgo en general, omite voluntaria y deliberadamente datos sobre los cuales se le pregunta, o falsea las respuestas. Igualmente, en relación con las pruebas necesarias, el defecto de información es debido a su comportamiento cuando no se somete a las pruebas indicadas o se somete fuera del plazo que le ha marcado el profesional sanitario¹¹⁰. Finalmente, en materia de diagnóstico, sólo le será imputable a la propia víctima el daño que derive de no conocer tal diagnóstico cuando renuncie a tal conocimiento¹¹¹.

2. Sobre este punto de partida, no obstante, se ha de establecer una puntualización inicial: la interrupción del nexo causal por el comportamiento de la propia víctima sólo es realmente posible en las acciones de *wrongful birth*; pero no en las de *wrongful life*, donde, por definición, los hechos se producen con anterioridad al nacimiento del niño, motivo por el cual difícilmente puede éste intervenir en la causación de su propio daño¹¹².

sitúa bajo la esfera de control del profesional sanitario, en estos casos se aplica también esta exoneración en los sistemas de responsabilidad objetiva u objetivada: aunque en ellos no es requisito de imputación la imprevisibilidad del comportamiento, éste es ajeno al ámbito de la actividad y, por tanto, no es imputable.

¹¹⁰. En este sentido, ALONSO PÉREZ, M. («La relación...», p. 46) establece como ejemplo de culpa de la víctima el retraso de una intervención por parte del enfermo. En estos casos, el nexo causal es cortado por el propio paciente, «y de ese modo la culpa exclusiva de la víctima *sibi imputet*». En esta misma idea coincide GÓMEZ CALLE cuando señala como ejemplo de culpa exclusiva de la víctima, no practicarse las pruebas prescritas o retrasarlas, o, en general, no seguir las indicaciones médicas («El fundamento...», p. 1721 nota 81).

¹¹¹. Junto a estos casos, se analizará posteriormente un caso propio del diagnóstico prenatal en que la mujer opta por no interrumpir el embarazo, una vez conocida la existencia de males o defectos en el niño, supuesto en el que, como veremos, se ha de entender no sólo que la mujer asume con ello la carga de los daños posteriores al nacimiento, sino también que interrumpe de esta forma el curso causal iniciado en fase preconceptiva por el comportamiento del profesional sanitario.

¹¹². Así, el hecho de que a veces el falso diagnóstico sea debido a una circunstancia relacionada con el propio *nasciturus* (v. gr. la posición en el útero materno, que impide ver en la ecografía determinadas malformaciones), no transforma estos casos en supuestos de culpa de la víctima ni exonera por sí misma de responsabilidad al profesional. Por el contrario, la exoneración o la imputación de responsabilidad se produce al margen de esta circunstancia, de acuerdo con los parámetros de diligencia del profesional sanitario o de la asunción del riesgo procedente de la actividad desarrollada.

Por otra parte, el hecho de que el *nasciturus* sufra una enfermedad o malformación como producto de procesos biológicos desarrollados por su cuerpo durante la gestación no puede ser considerado como un supuesto de predisposición de la víctima para experimentar el daño o agravarlo (de manera que sería más benigna

Respecto del *nasciturus* o del *concepturus* las actuaciones desarrolladas por los progenitores son hechos de terceros. A pesar de la especial simbiosis existente entre progenitores y niño en las fases preconceptiva y prenatal, jurídicamente se trata de dos sujetos diferentes y así han sido tratados en el ámbito de estas acciones de responsabilidad (como víctimas distintas que reclaman por un daño propio). Por ello, no se podrá hablar de culpa de la propia víctima; sin perjuicio de que, como veremos, esta afirmación tenga trascendencia de cara a la exoneración del profesional por hecho de tercero.

3. Situados ya en el ámbito de las acciones de *wrongful birth*, hay que advertir de que la interrupción del nexo causal y la exoneración del profesional sanitario se produce tan sólo en los casos en que la causación del falso negativo del que derivan los daños reclamados sea imputable exclusivamente al comportamiento de la víctima; pero no en aquéllos en que concurra igualmente un comportamiento del profesional sanitario que contribuya a la causación del falso negativo¹¹³.

En tales casos, generalmente denominados «concurrency de culpas»¹¹⁴, se deberá considerar que el daño es causado por ambos intervinientes (salvo que la intervención de la

no en otra persona) a los que hace referencia DE ÁNGEL YÁGÜEZ, (*Tratado...*, p. 704; «La reparación...», p. 53). Las acciones de *wrongful life* no entran en tales hipótesis, ya que el daño por el que se reclama no es la enfermedad o malformación, que sería respecto de la que, si acaso, se podrían realizar tales planteamientos. De todas formas, aunque se considerase esta posibilidad, hay que aclarar que estos casos de predisposición de la víctima no llevan a una ruptura del nexo causal, sino que inciden en la valoración del monto de la indemnización, introduciendo un factor de discrecionalidad que es considerado perturbador por el autor citado.

¹¹³. Esta distinción se encuentra, por todos, en CUEVILLAS MATOZZI (*op. cit.*, pp. 121-122 y 129). El autor, de hecho, distingue entre ambos supuestos a partir de la diferencia entre «concausa» (condición que se une al actuar del agente, interfiere en el proceso causal, pero no lo interrumpe y, por lo tanto, no excluye la responsabilidad del responsable primitivo) y «causa nueva» (que interrumpe el nexo causal, al dar al daño una dirección completamente diferente de lo que era consecuencia natural de la conducta del primer agente).

No obstante, en ciertos casos en los que concurre también un comportamiento negligente del profesional sanitario se admite la exoneración. Esto, según REGLERO CAMPOS («El nexo...», p. 371) se produce cuando la culpa de la víctima sea de tal magnitud que absorba la del responsable, a lo cual se han de añadir los casos de evidente desproporción entre la actuación de la víctima y la contribución del responsable.

¹¹⁴. Como pone de relieve YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, p. 207), tal denominación resulta criticada: la víctima no es negligente para consigo misma (en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 381, «nadie puede hacerse agravio jurídico a sí mismo, ni cabe imaginar tampoco un autodeber de reparación»). Así parece destacarse en las SSTs de 15 de diciembre de 1984, 10 de diciembre de 1985 y 1 de febrero de 1989; al igual que entre la doctrina, por CARRASCO PERERA («Artículo 1104...», p. 596) o CUEVILLAS MATOZZI (*op. cit.*, pp. 125 nota 6 y 131). Del mismo modo, según MORENO FLÓREZ («¿Concurrencia de culpas o concurrencia de causas?», *Actualidad civil*, 1986 (33), p. 2296-2302), en derecho comparado (alemán, francés y portugués) suele preferirse la idea de la concurrencia de causas.

Otra cosa será que su actuación haya contribuido a la causación del daño; pero entonces se trata de un problema causal, como aquí lo estudiamos, no de negligencia. En este sentido, DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Responsabilidad...», p. 200) señala que en esos casos el factor determinante de la reducción de la cuantía indemnizatoria «no es tanto la “culpa” del perjudicado (puesto que no resulta fácil hablar de ella —culpa— en el caso de una víctima no íntegramente capaz de entender y querer), como la concurrencia de su simple actuación o

víctima venga en realidad provocada por la negligencia del profesional sanitario, en cuyo caso sólo éste responde). Por ello, ni se deberá exonerar de responsabilidad al profesional sanitario, ni se le deberá atribuir en su totalidad la responsabilidad por el daño causado¹¹⁵.

Volviendo a los ejemplos anteriores, se hablaría de concurrencia de culpas y no de culpa exclusiva cuando en la elaboración de la anamnesis, el profesional sanitario omitiera ciertas cuestiones o no detectara contradicciones en la información proporcionada por los progenitores. Igualmente, se trataría del supuesto de que no informara de la necesidad de practicarse las pruebas prescritas en un determinado plazo. Finalmente, aunque es un caso más dudoso, se trataría también del caso de que no se pusiera en contacto con el paciente para informarle de la existencia del diagnóstico que éste no desea conocer.

4. Cuando se produce un supuesto de concurrencia de culpas, lo que se debe hacer es reducir o minorar la cuantía de la indemnización en proporción a la intervención que haya tenido la víctima en la causación del daño (en este caso, en la causación del falso negativo del que derivan los daños). Con ello, se atribuye la responsabilidad al profesional sanitario únicamente en la medida en que contribuyó a causar los daños¹¹⁶.

intervención –como mero hecho– en lo que, de otro modo, habría sido el curso natural o normal de los acontecimientos». Con mayor claridad, si cabe, BUSTO LAGO («La responsabilidad...», p. 1473 nota 135), con cita de Visintini, sostiene: «cuando se habla de *culpa* del perjudicado para hacer referencia a la causa de no imputación de responsabilidad, el término se utiliza en un sentido no técnico, como acto del dañado al que ha de imputarse causalmente el daño».

Frente a ellos, REGLERO CAMPOS estima que no es sólo un problema de concurrencia de causas («El nexo...», pp. 360 y 361), sino también de imputación subjetiva: supone la ausencia de culpa del dañante, ya que exige como requisito de la apreciación de la culpa de la víctima su entendimiento en sentido técnico-jurídico y, con ello, su imputabilidad (pp. 374-382; idea que recoge también MORENO FLÓREZ, *op. cit.*, p. 2303, con cita de Soto Nieto). Anteriormente, BONASI BENUCCI (*op. cit.*, pp. 69-75) ofrecía como solución al caso de concurrencia de culpas de un inimputable la apreciación del requisito de la culpa en abstracto u objetivamente (como apartamiento de un parámetro de conducta preestablecido). Tal solución nos parece adecuada (si es que se considera la culpa como imprescindible). Ahora bien, la toma en consideración de la culpa en estos casos introduce una cierta confusión que no es deseable entre la relación de causalidad y este otro elemento de la responsabilidad (especialmente en los sistemas de responsabilidad objetiva, en que la culpa no se ha de tener en cuenta). Por eso, parece preferible reducir los problemas de concurrencia de culpas a concurrencia de comportamientos causales.

¹¹⁵. Originariamente, sin embargo, el principio fue la exoneración del agente ante cualquier intervención de la víctima del daño (YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, p. 205); pero en la evolución posterior, esta idea se inclina hacia lo contrario. De hecho, como señala REGLERO CAMPOS («El nexo...», p. 362), los tribunales son más propensos a reconocer una concurrencia de culpas, que una culpa exclusiva.

¹¹⁶. De hecho, señala DE ÁNGEL YÁGÜEZ («La reparación...», p. 79) que el juego de la compensación de culpas ha sido «el instrumento ideado por el Tribunal Supremo para disminuir la obligación de indemnizar hasta donde o en la medida en que el propio dañado sea artífice de su daño, cuyo efecto es aminorar, por imperativos de equidad, la indemnización debida al demandante». Por tanto, la compensación de culpas actúa principalmente en materia de indemnización.

Sin embargo, la vía para llevar a cabo esta minoración no debe ser, como es práctica jurisprudencial consolidada¹¹⁷, la del artículo 1103 Cc, ya que, como señala PANTALEÓN PRIETO, éste cumple una función distinta¹¹⁸. Por ello, se deberá partir del examen del nexo causal como vía para negar la total atribución del daño al responsable, realizando un reparto teórico de éste entre la víctima y el profesional sanitario (reparto que se traducirá, en definitiva, en la obligación del demandado de satisfacer únicamente la parte del monto total en que se valore el daño, que corresponda a su contribución a la producción del mismo)¹¹⁹.

5. Este mismo tratamiento es el que ha de recibir la intervención de la víctima en la producción del daño, cuando el supuesto de *wrongful birth* y *wrongful life* se plantea en el ámbito de la responsabilidad administrativa.

A pesar de que en un principio se consideraba que cualquier intervención de la víctima en la causación del daño exoneraba de responsabilidad de la Administración¹²⁰, en la actualidad tanto doctrina como jurisprudencia admiten la posible incidencia en el ámbito de la responsabilidad administrativa de la culpa de la víctima, sea para exonerar de responsabilidad cuando la causación del daño sea imputable exclusivamente al comportamiento de

¹¹⁷. A esta práctica se une la de algunos autores, que acuden al mencionado precepto como vía para repartir la responsabilidad entre víctima y responsable. Tal es el caso, en concreto, de MORENO FLÓREZ (*op. cit.*, pp. 2303, 2305 y 2310) y PLAZA PENADÉS (*op. cit.*, pp. 37 y 42).

¹¹⁸. «El sistema...», pp. 1037-1043 y «Artículo 1902...», p. 1997. Según indica en el primer trabajo citado, este artículo cumple una función que sólo tiene razón de ser en la responsabilidad contractual (idea con la que coincide DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado...*, p. 844). En concreto, la función que cumple es la de permitir la moderación de la indemnización ante la concreción de daños en cuantía superior a la que era razonablemente previsible en el momento de contratar, función que no guarda relación alguna con lo que se pretende en el caso de la culpa concurrente de la víctima. Por este motivo, aclara PANTALEÓN PRIETO que el artículo 1103 Cc no se ha de aplicar al ámbito extracontractual («El sistema...», p. 1042).

Insisten en esta idea tanto DÍAZ ALABART («Artículo 1103», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Tomo XV, Volumen 1º, EDESA, Madrid 1989, p. 537), que considera que la naturaleza de la facultad de moderación se encuentra en la equidad y afirma que este precepto se aplica cuando el monto de los daños supere notablemente las previsiones de las partes en el momento de la celebración del contrato (p. 576), como YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, p. 234), para el que la función del precepto es moderar la indemnización una vez determinado cuál es el daño causado.

¹¹⁹. En este sentido, declara DÍAZ ALABART (*op. cit.*, pp. 515 y 574) que para alcanzar el resultado de compensación perseguido no es necesario acudir al artículo citado, sino que bastaría con aplicar las reglas generales de los artículos 1101 y 1902 Cc. La idea de reparto se encuentra también en CUEVILLAS MATOZZI (*op. cit.*, p. 132), que dice que ha de distribuirse el daño «determinando en qué grado o con qué intensidad han puesto las condiciones adecuadas al resultado producido» (lo que DE ÁNGEL YÁGÜEZ denomina «juicio de equidad» o «apreciación equitativa», *Tratado...*, pp. 844-845). De hecho, indica posteriormente que este criterio es el que mayor acuerdo suscita (p. 150). Así lo estiman, entre otros, PANTALEÓN PRIETO («Artículo 1902...», p. 1997) e YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, pp. 208 y 234).

¹²⁰. Tal interpretación, recogida en diversas sentencias (sirvan de ejemplo las SSTs [3ª] de 15 de mayo y 20 de junio de 1984 y 2 de abril de 1986), derivaba de la exigencia de una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva (a la que ya se hizo referencia), como señalan MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA (*op. cit.*, p. 976-979) y HURTADO MARTÍNEZ (*op. cit.*, p. 807).

la víctima (pues no sólo rompe la cadena causal, sino que se trata de un riesgo ajeno al funcionamiento de los servicios públicos), sea para reducir la indemnización, cuando la causación no sólo se deba a su comportamiento (conurrencia de culpas)¹²¹.

En este segundo caso, por tanto, se acepta una rebaja proporcional de la indemnización de la Administración sobre la consideración de la parte en que ha intervenido la víctima en la causación de su propio daño¹²². Se sigue con ello una línea de interpretación amplia de la responsabilidad de la Administración.

6. En el ámbito de la responsabilidad objetiva establecida por el artículo 28 LGCDU, la culpa de la víctima (o, más bien, su ausencia) parece reconocerse expresamente como presupuesto para exonerar de la responsabilidad objetiva contractual o extracontractual¹²³. En concreto, junto a la proclamación general del artículo 25 de que la culpa del perjudicado excluye el derecho a indemnización, en el ámbito concreto de la responsabilidad objetiva se indica que ésta únicamente surge cuando el daño se hubiera producido «en el correcto uso y consumo de bienes o servicios»¹²⁴.

¹²¹ . Como muestra de ello, tanto COSCULLUELA MONTANER (*op. cit.*, p. 555), como GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (*op. cit.*, pp. 406 y siguientes), estudian la intervención de la víctima en la relación de causalidad y establecen la diferencia entre la concurrencia de culpas y la culpa exclusiva.

¹²² . En este sentido, hay que citar las SSTs de [3ª] 11 de octubre de 1984, [3ª] 4 de febrero de 1985, 17 de marzo de 1993 y 5 de diciembre de 1997 (COSCULLUELA MONTANER, *op. cit.*, p. 555 y PARADA VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 652-653). En ellas el Tribunal Supremo pondera el alcance de la indemnización que debe corresponder a cada causante y admite la doctrina de la concurrencia de culpa de la víctima.

¹²³ . La justificación de la exoneración de responsabilidad en este caso es, como admite PARRA LUCÁN (*Daños...*, p. 400), la ruptura del nexo causal.

¹²⁴ . Respecto a la interpretación de este requisito para la apreciación de la responsabilidad, señala PARRA LUCÁN: «el uso correcto del bien presupone que el consumidor disponía de las instrucciones o indicaciones para poder llevarlo a cabo (art. 13. f) y que, al mismo tiempo, había sido advertido de “los riesgos” susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios» (*Daños...*, pp. 386-389).

Ahora bien, no se aclara en la norma si la exoneración se produce en caso de que la concurrencia a la producción del daño sea total, o si para tal exoneración es suficiente con un mal uso del servicio (aunque por sí solo no sea suficiente para causar el daño de la víctima). Conforme al sentido que aquí hemos atribuido a este requisito de interrupción del nexo causal, parece que la función exoneradora ha de atribuirse únicamente a los comportamientos de la víctima que ocasionen por sí mismos el daño. Así, tan sólo cuando sea el mal uso el que origina el daño, se podrá exonerar de responsabilidad al profesional sanitario, no cuando el mal uso sea únicamente contribución al mismo. Así, de hecho, parece que lo interpreta DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ (*El régimen...*, p. 376), cuando señala que se ha de hacer una doble valoración de la corrección en el uso del servicio (la del prestador del servicio y la del usuario); pero que la estimación preferente ha de recaer sobre la valoración correcta o incorrecta de la conducta del prestador del servicio frente al usuario.

De tal afirmación se puede deducir que en caso de concurrencia no sólo no hay exoneración, sino que, incluso, tampoco se produce una reducción en la indemnización. Frente a esto, BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («Sentencia del Tribunal Supremo de 26 junio de 1996», *CCJC*, 1996, (mg 1147), p. 1209) parece apoyar la reducción de la indemnización por concurrencia de culpas (si bien ciertamente lo indica respecto del artículo 25 LGCDU, por lo que es posible que opinase algo diferente en relación con el artículo 28); y lo mismo ocurre con PARRA LUCÁN (*Daños...*, p. 401-402), que acepta la compensación, aunque la LGCDU no se pronuncie al respecto.

Ahora bien, respecto de este segundo caso, como destaca DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, esta previsión de exoneración por el mal uso del servicio no se ajusta perfectamente a los supuestos de servicio sanitario¹²⁵. Esto es así porque en estos casos el usuario del servicio es objeto del mismo, más que propiamente un usuario. Por ello, generalmente el uso correcto o incorrecto se deberá atribuir al profesional sanitario que preste el servicio. Aunque admite la posibilidad de que en ocasiones que el mal uso se pueda atribuir al paciente –y cita en concreto el caso de los medicamentos prescritos–, tales casos son, en opinión del autor, «los menos»¹²⁶.

1.4.3. Intervención de tercero

1. El nexo causal se interrumpe también cuando interviene en la cadena de acontecimientos puesta en marcha por el responsable un tercer sujeto, ajeno al ámbito de control del primero, cuya acción u omisión inicia un curso causal independiente que es el que origina el daño¹²⁷. En el caso que aquí nos planteamos se trata de que en el contexto de la prestación de diagnóstico que se desarrolla por el profesional sanitario, el comportamiento de un sujeto ajeno a su ámbito de control sea el que ocasione el falso negativo¹²⁸.

2. Como destaca YZQUIERDO TOLSADA, esta exoneración de la responsabilidad se encuentra muy próxima a un criterio a través del cual se niega la imputación objetiva del

¹²⁵ . *El régimen...*, pp. 375-376.

¹²⁶ . Aunque suponga forzar la interpretación de la idea del «correcto uso y consumo de bienes y servicios», los casos anteriormente señalados en que los progenitores no proporcionan la información que se les requiere, no se someten a las pruebas que se les habían indicado o no tratan de conocer el diagnóstico practicado, podrían considerarse como de incorrecto uso del servicio médico, en tanto que a través de estas actuaciones (principalmente en la segunda, pero también en la primera, aunque en menor medida) se contravienen las instrucciones recibidas.

¹²⁷ . Para REGLERO CAMPOS («El nexo...», pp. 324 y 357) estos casos son ejemplos de fuerza mayor, como eventos ajenos al ámbito de la actividad del responsable (idea de la exterioridad que es también puesta de relieve por YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, p. 203).

El resultado de la intervención del tercero no sólo es que el profesional sanitario queda exonerado del daño, sino también que la responsabilidad se puede atribuir al tercero, como causante del daño (si se reúnen el resto de los elementos necesarios). Esto, no obstante, precisa que el comportamiento del tercero fuera negligente (salvo que responda objetivamente), requisito que, sin embargo, no es necesario para producir la exoneración de responsabilidad del agente inicial, según CUEVILLAS MATOZZI (*op. cit.*, p. 171).

¹²⁸ . Como es lógico, la intervención del tercero ha de excluir totalmente la relación de causalidad iniciada por el primer agente, en tanto que, de no ser así, se debería plantear un supuesto de pluralidad de agentes productores del daño, como cocausantes o coautores. Por otra parte, es necesario que esta conducta no haya venido predeterminada por la del agente material (MAZEAUD y TUNC, *Tratado II...*, p. 237; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, p. 203).

daño¹²⁹. Se trata del criterio de la «prohibición de regreso» (*Regreßverbot*), definido por PANTALEÓN PRIETO como la intervención dolosa o gravemente imprudente de un tercero en el nexo causal ciertamente puesto en marcha por el demandado¹³⁰. Se niega en estos casos la imputación del daño al responsable, salvo que esta intervención del tercero fuera conforme a derecho, salvo que se hubiera visto significativamente favorecida por la actuación del agente o salvo se trate precisamente de una de las conductas que trataba de prevenir la norma de conducta.

La diferencia entre esta visión desde el punto de vista de la imputación objetiva y la visión desde el punto de vista de la relación de causalidad es, en cierto modo, de matiz. Podría decirse que mientras que en el supuesto de interrupción del nexo causal el tercero desarrolla un curso causal independiente de aquél desarrollado por el primer agente (siendo este segundo curso el que causa el daño), en el supuesto de imputación objetiva se trata de que el tercero desarrolla su actuación dentro de un curso causal iniciado por el agente, absorbiendo la responsabilidad por su conducta dolosa o gravemente negligente. Por tanto, en el primer supuesto no hay relación de causalidad respecto del comportamiento del primer sujeto, pero sí en el segundo¹³¹.

¹²⁹ . *Sistema...*, pp. 203-204.

¹³⁰ . PANTALEÓN PRIETO («Causalidad...», pp. 1568-1575). En palabras de SALVADOR CODERCH (*op. cit.*, p. 11), «no cabe retroceder en el curso causal e imputar a un agente las consecuencias de un determinado resultado y originadas por la interposición del comportamiento ilícito de un tercero». Igualmente, REGLERO CAMPOS («El nexo...», p. 298) habla de la irrupción de un nuevo curso causal que impide retroceder en la cadena causal.

Según JAKOBS, autor cuya originalidad en la formulación de esta institución es generalmente destacada (ver el prólogo a su obra aquí citada, p. 72), este principio significa que un comportamiento inicialmente inocuo, que se desvía hacia lo delictivo por el comportamiento de un tercero, no constituye participación en la producción del daño (*op. cit.*, p. 107). En concreto, los casos a los que esto se refiere son dos: por un lado, «un comportamiento cotidiano e inocuo no adquiere significado delictivo cuando el autor lo incluye en sus planes. Puesto que se ha mantenido dentro del marco de su rol inocuo, el sujeto no tiene por qué consentir que se le imponga como definición de su comportamiento la que el autor del delito establece tomando dicho comportamiento como razón del hecho delictivo. La ejecución no le es propia»; por otro lado, se refiere a los casos en que entre el autor del daño y otra persona existe algo en común que se limita a una prestación que puede obtenerse en cualquier lado y que no entraña riesgo especial alguno, por lo cual, aunque podría haber evitado el daño, no ha quebrantado su rol al no hacerlo (pp. 156-157). Esto será así salvo que existiera previamente una posición de garante, pues «la prohibición de regreso no anula deberes *existentes*, sino que sólo establece que el comportamiento actual es insuficiente *per se* para generar responsabilidad» (p. 160).

¹³¹ . De hecho, así parece deducirse del análisis de PANTALEÓN PRIETO dentro de los supuestos de prohibición de regreso del caso de un banco que pagó un cheque defectuoso a un sujeto, administrador de una sociedad, que huyó posteriormente con el dinero («Causalidad...», p. 1569), o de un niño que, tras romperse una pierna, es operado y muere durante la operación por parada cardíaca. En ambos casos afirma el autor que existe relación de causalidad (pp. 1571-1572).

Por este motivo, la interrupción del nexo causal por el hecho de tercero no requiere que este comportamiento sea doloso o negligente, como sí lo requiere el segundo caso. Esto es así porque existiendo en el segundo caso un nexo de causalidad, la exoneración de la responsabilidad del primer agente ha de basarse en un motivo justificado por el cual la carga del daño haya de ser asumida exclusivamente por el segundo actor¹³².

3. Aunque hay que afirmar que ambos supuestos son teóricamente posibles en las acciones aquí estudiadas, es más probable que la intervención de un tercero que tiene por consecuencia la elaboración de un falso negativo se plantee en el contexto del propio curso causal iniciado por el profesional sanitario.

El motivo reside en que es difícil de imaginar una hipótesis en que el falso negativo se deba exclusivamente a la intervención de un segundo sujeto, dado que el primero actuaba también en una prestación de diagnóstico. Pero además, es difícil que este segundo sujeto sea ajeno al ámbito de control del primero. No obstante, la dificultad no significa imposibilidad, y, de hecho, existe algún ejemplo —casi de laboratorio— en el que se podría producir la exoneración en el caso de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* por intervención de tercero en el nexo causal¹³³.

4. Dicho esto, y situado el ámbito de la exoneración en estos casos más bien en el ámbito de la imputación objetiva que en el de la relación de causalidad (aunque sin descartar tampoco estos otros casos), hay que afirmar que, de todas formas, serán escasos los supuestos en que se produzca una exoneración de responsabilidad por esta causa en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*. Esto es así porque para que el falso negativo se produzca por la intervención del tercero dentro del proceso de diagnóstico desarrollado generalmente se tratará de un caso en que esta conducta se haya visto favorecida por la propia del primer profesional sanitario interviniente, que era el que llevaba a cabo el procedimiento (y ya se ha visto que tal favorecimiento permite afirmar la imputación objetiva).

¹³² . Así lo estima REGLERO CAMPOS («El nexo...», pp. 298-299), que concluye afirmando: «este criterio de inimputación causal entra en juego sólo en caso de irrupción causal de una conducta dolosa o gravemente negligente. Si no es así, se aplica el criterio general».

¹³³ . Un caso de intervención de tercero, como curso causal independiente que es el que causa el daño, podría llegar a plantearse cuando, antes del plazo establecido para el aborto o antes de la concepción, un segundo profesional detectase el falso negativo emitido por el primer profesional sanitario y repitiese el proceso de diagnóstico, emitiendo a su vez un falso negativo. Con ello se habría producido un nuevo curso causal que sería el que definitivamente llevaría al daño (el anterior curso causal quedó interrumpido una vez detectada la falsedad del diagnóstico inicial).

No obstante, también podrán existir casos en que tal exoneración sea posible. En concreto, estos casos serán frecuentes cuando el falso diagnóstico provenga de datos o pruebas llevadas a cabo por sujetos distintos del profesional sanitario que emite el diagnóstico. Tal es el caso que se plantea, por ejemplo, cuando en el ámbito de la sanidad privada el paciente acude a un laboratorio o a un especialista para practicarse las pruebas prescritas por el profesional sanitario que lleva a cabo el diagnóstico. Si en tales circunstancias el laboratorio o profesional sanitario encargado de realizar las pruebas emite un resultado erróneo, con negligencia grave o dolo —requisito que, dicho sea de paso, también es difícil que concorra—, el profesional sanitario que emita el diagnóstico sobre tales resultados proporcionará un falso diagnóstico a los progenitores; pero la responsabilidad derivada de ello no le será imputable. No existe en estos casos favorecimiento de la conducta por el hecho de remitir al paciente a la práctica de esas pruebas, pues éstas eran necesarias¹³⁴.

5. Un caso especial que se ha de tener muy en cuenta en este ámbito de la intervención de tercero en el curso causal se presenta, como ya se anunció, en las acciones de *wrongful life* en relación a la intervención de los progenitores como terceros. En aquellos casos en los que se veía que la causación del falso negativo era debida exclusivamente al comportamiento de los progenitores, la exoneración del profesional sanitario respecto del niño se producirá por intervención de tercero. Si esto deriva o no en una acción de responsabilidad del niño frente a los progenitores, es una cuestión perteneciente a otro tipo de acciones de responsabilidad, de las cuales no se ocupa este trabajo.

Ahora bien, puesto que se trata de una intervención en el curso causal que continúa el desarrollado por el profesional sanitario, más bien se tratará de nuevo de un supuesto de falta de imputación objetiva. De esto deriva que no existirá tal ausencia de imputación cuando la conducta de los progenitores fuera favorecida por la actuación del profesional sanitario, supuesto que se deberá equiparar a los de la concurrencia de culpas, en los que la intervención de los progenitores en la producción del falso diagnóstico viene propiciada o acompañada de una negligencia del profesional sanitario, determinando ambos, en su conjunto, el falso negativo.

¹³⁴. Además, conforme al principio de confianza, que ya se ha apuntado y al que nos referiremos en breve, el profesional sanitario podía confiar en la actuación de otros profesionales que no resultaran manifiestamente negligentes o incompetentes (sólo en caso de que estos extremos fueran patentes se podría plantear el favore-

6. Por lo que respecta a la intervención del tercero en el ámbito de la responsabilidad objetiva, hay que distinguir entre cada uno de los casos siguientes:

- Comenzando por la responsabilidad administrativa, básicamente se admite la intervención de tercero como posible interrupción del curso causal, a pesar de que no es una causa de exoneración recogida expresamente por la LRJPAC¹³⁵.

Si bien inicialmente el Tribunal Supremo interpretó que la interferencia de tercero en el ámbito de la relación de causalidad excluía la responsabilidad administrativa en todo caso, en la actualidad, en cambio, se admite la existencia de un concurso causal entre el hecho del tercero y la actuación administrativa, siendo imputable a la Administración la responsabilidad, siempre que se pueda apreciar la infracción de un deber de vigilancia sobre la actividad productora del daño¹³⁶.

Como señala MARTÍN REBOLLO, tal operación se lleva a cabo en una fase posterior a la condena de la Administración, por medio de la acción de regreso. Sobre la base de la aplicación de solidaridad entre la Administración y el tercero cocausante del daño, estima el autor que la demanda se debe interponer directamente contra la Administración, que deberá repetir, en su caso, del tercero la parte correspondiente a la contribución de éste a la producción del daño¹³⁷.

- En segundo lugar, en el régimen de la LGCDU, no está previsto la incidencia en la responsabilidad del comportamiento de tercero, pero, como se deduce de las palabras de

cimiento del daño en caso de que el profesional que emite el diagnóstico hubiera remitido al paciente a este otro profesional sanitario; pero no cuando hubiera sido el paciente quien hubiera escogido a tal profesional).

¹³⁵. Así lo apoya, por todos, GÓMEZ CALLE («El fundamento...», p. 1721 nota 81).

¹³⁶. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (*op. cit.*, pp. 406-414) resumen la posición actual de la jurisprudencia en relación al hecho de tercero y a la culpa de la víctima con las siguientes palabras: «Parece obvio, por lo pronto, que ni aquella, ni ésta son capaces por sí mismas de eliminar en su totalidad la influencia que en la producción del daño final haya podido tener la actuación de la Administración, una vez probado que esta última ha tenido alguna, efectivamente. A lo sumo, lo más que puede producirse en estos casos es un *concurso de causas*, dotadas cada una de ellas de una determinada potencialidad dañosa, que justifica, en principio, el reparto en la proporción correspondiente de la deuda en que se traduce el deber de resarcimiento» (p. 411).

De hecho, como señala MARTÍN REBOLLO, hay una tendencia más generalizada a mantener el nexo causal cuando se produce en el mismo la intervención de un tercero (pues se intenta proteger los intereses del dañado, que nada tuvo que ver en la producción del daño), frente al caso de la culpa de la propia víctima («Estado de la cuestión...», p. 63; «Causalidad...», *EJB*, p. 971). Para un resumen de estas tendencias cambiantes, ver en este autor («Estado de la cuestión...», pp. 62-65; «Causalidad...», *EJB*, pp. 971-972), así como PARADA VÁZQUEZ (*op. cit.*, pp. 651-652).

¹³⁷. «Estado de la cuestión...», p. 65; «Causalidad...», *EJB*, p. 972.

BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y de PARRA LUCÁN, ha de admitirse, puesto que produce la desaparición del nexo causal¹³⁸.

- Finalmente, por lo que respecta a la responsabilidad contractual, aunque se parta de una interpretación objetivadora de la responsabilidad que impute ésta más allá de la culpa (interpretación que realmente sólo influye respecto de las obligaciones de resultado, no en las de medios, como ya se dijo), o aunque se pacte una ampliación de la responsabilidad del profesional sanitario más allá de la culpa, la responsabilidad por la intervención de tercero no debería conllevar la imputación de responsabilidad cuando se produzca interrumpiendo el curso causal. Se trataría con ello de un riesgo ajeno a la actividad, del cual no existiría deber de responder.

En cambio, cuando no tenga tal efecto, la exoneración del profesional sanitario deudor sólo se producirá en la medida en que se pueda aplicar el criterio de la prohibición de regreso para excluir la imputación¹³⁹.

2. EL ASPECTO JURÍDICO DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD: LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL BIRTH* Y *WRONGFUL LIFE*

1. El elemento de la relación de causalidad tiene una doble perspectiva: como relación de causalidad fáctica (que es la que acabamos de ver) y como relación de causalidad jurídica o imputación objetiva (que es a la que se dedica esta segunda parte del capítulo). Esta doble perspectiva viene exigida por la insatisfacción que produce el empleo de un criterio de causalidad meramente fáctico. En concreto, el problema que ofrece un concepto exclusivamente material o fáctico de la relación de causalidad, como enlace de acontecimientos, es su excesiva extensión. La relación causa-efecto se puede extender prácticamente de forma ilimitada, ya que se parte del presupuesto fáctico de que todo efecto de una causa es igualmente efecto de la causa anterior de aquélla de la que deriva.

¹³⁸ . Respectivamente, en *Comentarios...*, p. 692 y *Daños...*, p. 402. La segunda autora, no obstante, remarca que la intervención de tercero será exoneradora cuando el daño sea resultado exclusivo de la actividad de éste. En cambio, cuando tal actividad, junto con la del prestador del servicio, únicamente contribuya a causar el daño deberá hablarse de una responsabilidad solidaria por parte de ambos (prestador y tercero).

¹³⁹ . PANTALEÓN PRIETO («El sistema...», pp. 1036, 1090) menciona en concreto la aplicación al ámbito contractual del criterio de la prohibición de regreso como exonerador de la responsabilidad del deudor doloso.

Las teorías de la causalidad que, como se mencionó, surgieron como alternativas a la de la equivalencia de condiciones, trataron de limitar la relación de causalidad desde el punto de vista del agente productor del daño, discriminando, de todos los comportamientos que concurren a un determinado efecto, cuál ha de ser considerado su causa. Sin embargo, y al margen de la imperfección de algunas de estas teorías, con ellas tampoco se termina con el problema, pues una vez planteado el comportamiento de un determinado sujeto, igualmente el curso causal se puede extender a una ingente pluralidad de eventos que derivan de él en relación de causa-efecto¹⁴⁰.

Por ello, la imputación de la responsabilidad por los daños derivados de una conducta requiere de algo más que la constatación de una relación causa-efecto: un criterio que discrimine qué daños producidos dentro de un curso causal han de ser puestos a cargo del agente¹⁴¹. De hecho, ésta parece ser la tónica en los países de nuestro entorno, donde la constatación de la relación de causalidad requiere una doble operación: fáctica y jurídica¹⁴².

¹⁴⁰ . No obstante, no todos los autores se muestran acordes con la idea de limitación de la causalidad fáctica a través de la superposición de un concepto de causa jurídica. Sí lo está CUEVILLAS MATOZZI (*op. cit.*, p. 58: «entre la acción u omisión humana y el efecto con relevancia jurídica existe un nexo de causalidad que no se asienta en el orden natural sino en la exclusiva voluntad del legislador»); pero no PANTALEÓN PRIETO, que se muestra partidario de mantener un concepto de causa lógico y natural (determinado de acuerdo con la teoría de la *condicio sine qua non*), estableciendo la limitación a través del criterio de la imputación objetiva (*Tesis...*, p. 65; «Artículo 1902...», pp. 1981-1982).

¹⁴¹ . Según PANTALEÓN PRIETO («Causalidad...», p. 1563), la función de los criterios de imputación objetiva es «evitar que sean puestas a cargo del responsable absolutamente todas las consecuencias de las que su conducta es causa». Entre los autores extranjeros, tal función es igualmente destacada por FISCHER y LILIE (*op. cit.*, p. 16), que señalan que se trata de delimitar la responsabilidad por consecuencias dañosas alejadas; y declara ROGERS (*op. cit.*, p. 208) en la misma corriente: «the law must draw a line somewhere, some consequences must be abstracted as relevant, not of grounds of pure logic, but simply for practical reasons». La definición de esta línea a la que se refiere el autor inglés depende, según JAKOBS (*op. cit.*, pp. 93-94), del desarrollo alcanzado en la sociedad concreta de la que se trate. El contenido de esta teoría pertenece, pues, al contexto social.

¹⁴² . Afirman los autores que realizan estudios de derecho comparado que la apreciación de la causalidad a través de un doble test —causación material o fáctica y causación jurídica (generalmente a través del criterio del daño previsible)— se encuentra generalizada en la mayoría de los sistemas, aunque existan matices (ver, por ejemplo, VON BAR, *Vol. II*, p. 438, 440; FISCHER y LILIE, *op. cit.*, p. 15; GIESEN, *International...*, p. 165 y SPIER y HAAZEN en las conclusiones al estudio de derecho comparado del *European Group on Tort Law*, *op. cit.*, p. 127; citando la excepción de Bélgica). Veamos algunos ejemplos concretos:

En primer lugar, en el derecho francés —donde el problema de la causalidad se plantea de forma similar a nuestro caso y se han manejado las mismas teorías de causalidad—, es importante destacar que VINEY y JOURDAIN (*op. cit.*, pp. 163-164) ensayan una interpretación conciliadora entre la teoría de la equivalencia de condiciones y la causalidad adecuada, que se aproxima en gran medida a la teoría del profesor Pantaleón a la que aquí nos referiremos. Como señalan las autoras, el punto de partida ha de ser la teoría de la equivalencia de las condiciones, que determina la causalidad; pero a ello se le ha de aplicar posteriormente la causalidad adecuada para limitar el daño: «cela revient à exiger non seulement un lien matériel de nécessité, mais encore une relation plus intellectuelle d'adéquation entre le fait générateur de responsabilité et le dommage».

2. El autor que introduce estos criterios jurídicos o de imputación objetiva (propios del ámbito penal¹⁴³) en el ámbito de la responsabilidad civil en nuestro sistema es PANTALEÓN PRIETO. En su opinión, esta segunda faceta de la relación de causalidad es una cuestión claramente jurídica (no de hecho), que consiste en determinar si el resultado dañoso causalmente ligado a la conducta del agente puede o no ser puesto a su cargo de acuerdo con los criterios establecidos al efecto por el legislador o deducidos por el operador jurídico de la estructura y función de las normas de responsabilidad correspondientes¹⁴⁴.

Si bien estas opiniones no han quedado libres de críticas por parte de aquellos autores que consideran tales teorías alejadas del ámbito de la responsabilidad civil¹⁴⁵, esta dis-

En segundo lugar, en el *Common-law*, el proceso parece ser el mismo. En este sentido, PROSSER y KEATON se ocupan de estudiar primero la causación fáctica (*op. cit.*, pp. 263-272), para posteriormente limitar la responsabilidad a través de otros criterios, como son los de la causa próxima (definida, bien a través de la idea de la previsibilidad del daño -pp. 280-293-, o de la restricción de la responsabilidad a los daños directos; pp. 293-297). Con ello, indican en concreto los autores: «this is not a question of causation, or even a question of fact, but quite removed from both» (p. 272). Tal pauta es igualmente seguida en Gran Bretaña por KENNEDY y GRUBB (*Medical...*, pp. 469-507); LUNNEY y OLIPHANT (*op. cit.*, p. 176); MARKESINIS y DEAKIN (*op. cit.*, pp. 174-175) o ROGERS (*op. cit.*, pp. 195-196), en al medida en que mencionan que la causalidad se determina en dos pasos: la causación de hecho (*factual causation*) y la causación legal (*legal causation*).

Finalmente, en Alemania también se reconoce la imputación objetiva como limitación de la causalidad material o fáctica. Según LARENZ (*op. cit.*, p. 434), «der bloße Kausalzusammenhang in dem dargelegten Sinne reicht indessen nicht aus»; y a continuación, el autor recoge las teorías aquí expuestas como de imputación objetiva para imputar la responsabilidad al agente.

¹⁴³. Este autor, consciente de la relación entre el ámbito de la responsabilidad civil y penal no obstante remarca que «[el hecho de] que sean comunes a la responsabilidad penal y a la civil, tanto la necesidad de distinguir entre los problemas de causalidad y los de imputación objetiva, como los criterios de imputación del evento lesivo a la conducta, no implica necesariamente que las consecuencias resultantes de la aplicación de tales criterios hayan de ser idénticas en uno y otro campo» («Causalidad...», p. 1577 nota 14).

¹⁴⁴. *Tesis...*, pp. 39-48 y «Causalidad...», p. 1562. El autor trata de demostrar, en concreto, que se trata de dos perspectivas distintas (la relación de causalidad fáctica y la imputación objetiva) y que la confusión entre ambas produce dificultades de aplicación de la causalidad fáctica y errores. Concluye con ello que sería deseable la elaboración de criterios claros y uniformes de imputación objetiva para reducir la dosis de incerteza que hoy caracteriza la responsabilidad civil («Causalidad...», pp. 1561-1566). Como ya se indicó, esta teoría no es aún seguida por la jurisprudencia civil; pero sí por algunos autores.

De todas formas, hay que destacar que la afirmación de que la jurisprudencia no ha adoptado esta teoría ha de aceptarse con ciertos matices. En general la jurisprudencia no ha construido una doctrina clara sobre la relación de causalidad, sino que, como señala REGLERO CAMPOS («El nexa...», pp. 295-296), se emplean fórmulas confusas que mezclan criterios de causación fáctica con criterios de imputación objetiva. De hecho, una de las teorías más aplicadas por la jurisprudencia es la de la causalidad adecuada, que aquí se considera teoría de imputación objetiva (destacan REGLERO CAMPOS, «El nexa...», p. 291 e YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, p. 196). Por tanto, la falta de aceptación jurisprudencial no ha de considerarse tampoco como una gran objeción a esta teoría.

¹⁴⁵. Muestra de ello es CUEVILLAS MATOZZI (*op. cit.*, pp. 59-61), que realiza la imputación de la responsabilidad -tras la constatación de una causalidad fáctica y jurídica- a través del criterio de la culpa (por lo que su distinción entre la *imputatio facti* y la *imputatio iuris* no se corresponde con la que aquí se baraja). El autor critica la teoría de Pantaleón Prieto, pues, aunque lleva también a una negación de la mera causación como criterio de imputación de la responsabilidad (efecto con el que está de acuerdo), «es improcedente en sus planteamientos y no aplicable en el estricto campo del ilícito civil». Al carecer la ilicitud civil del elemento presente en la penal del «tipo» -que se integra de componentes objetivos y subjetivos-, estos criterios se de-

tinción nos parece no sólo coherente, sino también un necesario complemento a la amplitud e indefinición de la idea de una relación de causalidad meramente fáctica. De hecho, se trata de una distinción que parece ganar cada vez más adeptos¹⁴⁶.

3. Esta distinción entre al ámbito material o fáctico y el ámbito jurídico de la relación de causalidad, como vía para limitar la responsabilidad, ha de ser aplicada a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Por lo visto hasta el momento, el curso de acontecimientos iniciados por el comportamiento del profesional sanitario puede llegar –aunque no sin ciertas dificultades y no en todos los supuestos en que son teóricamente posibles estas acciones– incluso hasta el hecho del nacimiento y la vida del niño. Esto supone la posibilidad de establecer tal nexo respecto de los daños producidos por eventos anteriores al nacimiento (acciones de *wrongful birth*) y respecto de los daños producidos por eventos posteriores al nacimiento (acciones de *wrongful life* y de *wrongful birth*, en relación a los daños de rebote), extensión que puede parecer excesiva y que requiere comprobar si realmente tales daños han de serle imputados al profesional sanitario¹⁴⁷.

Para afirmar la responsabilidad, es necesario salvar, por tanto, este segundo obstáculo de la imputación objetiva del daño al profesional sanitario que impidió a los progenitores conocer el estado de salud el *nasciturus* o los riesgos que amenazaban al *concepturus*;

berían aplicar en el campo de la culpabilidad, con lo que se mezclaría causalidad y culpabilidad y se concedería a la primera una función que no tiene.

Tal crítica, sin embargo, no ha de aceptarse si se parte de que la finalidad de la imputación objetiva reside en determinar por cuáles de los daños producidos por un determinado agente ha de responder. No se trata de discriminar qué sujeto es el responsable de acuerdo con su conducta (de eso se ocupa la imputación subjetiva), sino de limitar el curso causal desarrollado a partir de tal conducta (señala así YZQUIERDO TOLSADA que «el nexo causal sirve para definir las fronteras del daño a resarcir»; *Profesional liberal...*, p. 328). Este límite es más propio de la causalidad que de la culpabilidad, motivo por el cual se estudia en tal elemento.

¹⁴⁶. De hecho, tal doctrina ha sido aceptada o al menos recogida por numerosos autores. Entre otros, DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Tratado...*, pp. 787-802; «Artículo 1902...», pp. 411-413); ASÚA GONZÁLEZ (*op. cit.*, pp. 997 y siguientes); DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ (*El régimen...*, pp. 220, 225, 252); Díez-PICAZO (*Daños...*, pp. 340-349); Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, Volumen II, 9ª edición, Tecnos, Madrid 2001, p. 550); LACRUZ BERDEJO, *et al.* (*Elementos II-2*, p. 488); REGLERO CAMPOS («El nexo...», pp. 288-289 y 291-308); SALVADOR CODERCH («Causalidad y responsabilidad», *www.indret.com*, 03/2001, p. 6) e YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, pp. 193-196). Frente a ellos, CUEVILLAS MATOZZI (*op. cit.*, pp. 63-67).

Entre la jurisprudencia, sin embargo, parece que la Sala Primera no ha acogido esta división en el estudio del elemento de la causalidad (la Sala Segunda la acoge desde la STS de 5 de abril de 1983). Sin embargo, como ya se indicó, la acepta de forma implícita, a través de la adopción de la teoría de la causalidad adecuada.

¹⁴⁷. OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 74) acude también en estas acciones a la limitación a través de la imputación objetiva. Así, afirma que cuando se pueda afirmar que la negligencia en la atención sanitaria sea causal según la teoría de la equivalencia, será necesario averiguar si las condiciones establecidas por el comportamiento del médico conducen de forma adecuada al daño (*Adäquanztheorie*). Dice en concreto el autor que para la afirmación de una causalidad adecuada es necesario que el comportamiento del médico sea apropiado para pro-

obstáculo en el que la dificultad de constatar la presencia de este elemento se acrecienta, principalmente respecto de los daños posteriores al nacimiento.

4. A lo largo del estudio de la relación de causalidad en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* —e incluso anteriormente—, ya se han mencionado determinados criterios conforme a los cuales se podía cuestionar la imputación de la responsabilidad al profesional sanitario en determinados casos concretos, pese a la constatación de una relación de causalidad (exclusión de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* en aquellos sistemas en que se establecía como motivo de aborto únicamente el terapéutico, conducta alternativa conforme a derecho, prohibición de regreso, principio de confianza...). Estos criterios, junto con otros que también veremos, pueden servir para poner en cuestión la imputación de la responsabilidad al profesional sanitario frente a la relación de causalidad constatada entre su comportamiento y el daño.

5. Para ello, no obstante, habrá que distinguir entre los casos de responsabilidad contractual y los de responsabilidad extracontractual, así como los de responsabilidad objetiva, puesto que existen diferencias a la hora de imputar el daño en cada uno de estos sistemas. En cada uno de ellos se tratará de exponer el criterio general, así como las posibles excepciones al mismo. Se comenzará analizando el sistema general de responsabilidad extracontractual, para señalar posteriormente las peculiaridades de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad objetiva.

2.1. La imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual

1. Para identificar en la responsabilidad extracontractual un motivo a partir del cual imputar los daños reclamados al profesional sanitario en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, ha de partirse del uso de dos de los criterios principales de imputación objetiva, a través de los cuales se tratará de elaborar una regla general sobre la imputación objetiva a los diversos casos planteados.

Se trata, en concreto, de la teoría de la causalidad adecuada (que no es una teoría de causalidad fáctica, sino jurídica)¹⁴⁸ y de la teoría del fin de protección de la norma (*Schut-*

ducir el resultado dañoso desde una perspectiva objetiva general y no sólo en presencia de circunstancias especialmente inseguras o inciertas.

¹⁴⁸ . Pese a la tradicional ubicación de esta teoría por parte de nuestra doctrina y jurisprudencia en el ámbito de la relación de causalidad (ver por ejemplo, CUEVILLAS MATOZZI, *op. cit.*, pp. 91-94 o LACRUZ BERDEJO, *et al.*, *Elementos II-2...*, p. 489), PANTALEÓN PRIETO («Causalidad...», p. 1563) la califica de teoría de imputa-

zzweck der haftungsbegründenden Norm), que en ocasiones se sugiere como complemento de la primera (sobre todo en aquellos ámbitos, como el médico, en que las reglas de la regularidad o verosimilitud estadística no siempre ofrecen una única respuesta)¹⁴⁹.

2. A partir de esta regla, se examinarán posteriormente las posibles excepciones, a través del resto de los criterios de imputación objetiva que puedan intervenir en materia de *wrongful birth* y *wrongful life* para excluir la posibilidad de reclamar responsabilidad civil.

2.1.1. La teoría de la causalidad adecuada

1. Conforme a esta teoría, enunciada inicialmente por von Kries y Rümelin, la responsabilidad se ha de imputar a un determinado comportamiento cuando éste lleve consigo normalmente un daño similar al ocasionado en el caso concreto. El juicio de imputación se realiza, por tanto, en abstracto¹⁵⁰: de acuerdo con criterios de regularidad o verosimilitud estadística, se imputa la responsabilidad al comportamiento en cuestión si, para un observador imparcial a cuya disposición se encuentra el conocimiento del evento, el daño aparece como causado directa e inmediatamente por el comportamiento del actor, conforme a un curso normal de los acontecimientos (según una interpretación objetiva), o como previsible (según una interpretación subjetiva, que es la que más se corresponde al caso de la responsabilidad extracontractual subjetiva)¹⁵¹. Sólo se excluye la responsabilidad respecto de los cursos causales totalmente inseguros¹⁵².

ción objetiva, al igual que lo hace la doctrina alemana (BROX y WALKER, *Allgemeines...*, p. 319-320 y *Besonderes Schuldrecht*, 27ª edición, Verlag C.H. Beck, München 2002, p. 469; KÖTZ y WAGNER, *op. cit.*, p. 61: «es ist offensichtlich, daß die Lehre vom "adäquaten Kausalzusammenhang" mit Kausalität im naturwissenschaftlichen Sinne nichts zu tun hat»; LARENZ, *op. cit.*, p. 435). Como se verá a continuación, esto se debe a que en ella priman las valoraciones jurídicas sobre las materiales o fácticas referidas al caso concreto.

Según lo explica REGLERO CAMPOS («El nexos...», pp. 292-293), la afirmación de la causalidad parte de la equivalencia de las condiciones, pero sólo en un plano fáctico o material, ya que en un plano jurídico se considera que no todos los antecedentes causales de un determinado daño tienen la misma relevancia. Para establecer esta relevancia se atiende a criterios de probabilidad: causa en sentido jurídico son sólo aquellos hechos de los cuales quepa esperar *a priori* y según criterios de razonable seguridad o de verosimilitud estadística la producción de un resultado.

¹⁴⁹. Por ejemplo, OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 75).

¹⁵⁰. YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, pp. 191-192).

¹⁵¹. Según SALVADOR CODERCH (*op. cit.*, p. 7), los autores no se han puesto de acuerdo sobre si este juicio de probabilidad debe ser subjetivo (juicio sobre la evitabilidad del resultado) u objetivo. Como señala REGLERO CAMPOS («Los sistemas...», pp. 191-193), el primero es más propio de los sistemas basados en la culpa o negligencia, mientras que el segundo («El nexos...», p. 314) es propio de los sistemas de responsabilidad objetiva, donde desaparece el poso subjetivo y se reduce el significado de esta teoría a una dimensión física o material. Con ello, no obstante, parece que se produce cierta conexión entre el elemento de la relación de causalidad y la culpa (relación que, como ya se mencionó, es, en la práctica, frecuente). Quizá por esta razón

Aplicado al ámbito de las acciones que aquí se estudian, se ha de determinar, por tanto, si es previsible, conforme a criterios de probabilidad o verosimilitud, que el falso negativo que deriva del comportamiento negligente del profesional sanitario demandado cause los daños que se le atribuyen. Dicho de otra forma, si un observador imparcial situado en el momento anterior al daño podría haber previsto o no su producción. La respuesta ha de darse en atención a cada uno de los tipos de daños reclamados en estas acciones.

2. Comenzando por los daños anteriores al nacimiento, pocas dudas existen respecto de la afirmación de la concurrencia de este criterio jurídico de imputación. Cualquier observador imparcial en un momento anterior a la producción del daño podría haber previsto que un comportamiento negligente como el que se plantea en estos casos produce no sólo de forma previsible, sino, incluso, de forma segura, daños de este tipo (al menos cuando se parte del contexto de un diagnóstico preconceptico, preimplantatorio o prenatal cuya finalidad se centra precisamente en el estado de salud de la descendencia futura).

El comportamiento que produce la emisión de un falso diagnóstico (por acción o por omisión) tiene como consecuencia normal la privación de la decisión sobre la procreación futura y sobre el aborto, pues ya se ha explicado que se trata de decisiones especialmente relacionadas con la información sobre el estado de salud del *nascenturus* o los riesgos que amenazan al *concepturus*. En la posición del profesional sanitario que se enfrenta a una prestación de diagnóstico preconceptico, preimplantatorio o prenatal era, pues, fácil de prever que un comportamiento negligente produciría el daño por el que aquí se reclama.

Cuando la misma pregunta se plantea en el contexto de un diagnóstico indirecto, que no va dirigido directamente a la procreación futura, tal afirmación, no obstante, se ha de matizar. Lo que debe plantearse es si es probable o verosímil que un comportamiento negligente, consistente en no comunicar la existencia de un riesgo de afección en la pro-

CUEVILLAS MATOZZI (*op. cit.*, p. 95) identifica la interpretación subjetiva de este criterio como una teoría distinta de causalidad que denomina «teoría de la acción humana».

¹⁵² . Dice PANTALEÓN PRIETO («El sistema...», p. 1031; «Artículo 1902...», p. 1987) que no cabe imputar objetivamente el daño «cuando su acaecimiento habría sido juzgado imprevisible, cuando su producción se habría descartado como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado que, contando además, si tal es el caso, con los especiales conocimientos del dañante, hubiese considerado la cuestión *ex ante*, al tiempo de realizarse la conducta que desembocó en el resultado dañoso de cuya imputación se trata». Por este motivo, el autor considera que se trata de un criterio especialmente útil para la resolución de supuestos de cursos causales irregulares o anormales («Causalidad...», pp. 1590-1591). Igualmente, en el derecho alemán, se afirma que sólo se excluye la imputación cuando el efecto se produciría únicamente bajo condiciones especiales y completamente inseguras (BROX y WALKER, *Allgemeines...*, p. 320).

creación futura o la existencia de un mal o enfermedad transmisible, situado en el contexto de una prestación cuyo objeto no se centra sobre la descendencia futura y que no contempla en su ejecución la existencia de ésta o su futura concepción, produzca daños tales como la privación de la decisión sobre la facultad de aborto o la libertad de procreación. Partiendo de que el observador imparcial se sitúa en el momento del comportamiento relevante, es decir, el momento en que se conoce o debería conocer la existencia de un defecto que puede tener incidencia sobre la procreación futura, la previsibilidad de que tal comportamiento tenga por consecuencia el daño que aquí se plantea no es remota ni inverosímil¹⁵³. De esta forma, sobre la idea de que sólo quedan excluidos los cursos causales totalmente inseguros, habrá que afirmar aquí también la imputación objetiva.

3. Por lo que respecta a los daños posteriores al nacimiento, en el caso de los diagnósticos directos, la respuesta a si es previsible o no que un comportamiento negligente que produzca un diagnóstico incorrecto tenga como consecuencia el daño indirecto o económico que sufren los progenitores, o el daño relativo a la propia vida del niño, ha de darse con matices. La afirmación o la negación de la causalidad adecuada depende de hasta qué punto se considere que se ha de excluir la responsabilidad únicamente en los supuestos de cursos causales totalmente inseguros. No en vano esta teoría se apoya sobre un juicio de previsibilidad que resulta opinable.

Pese a que entre el comportamiento del profesional sanitario y estos daños existe una sucesión de eventos que interponen entre ambos una cierta lejanía, y pese a que puede intervenir una multitud de factores, la relación entre ambos no se presenta como totalmente insegura. En el contexto del diagnóstico prenatal, el falso diagnóstico, en tanto que impide el juego de la normativa del aborto, lleva irremediablemente al nacimiento y, con ello, al daño. El observador que se sitúa en el momento del comportamiento negligente puede prever que las consecuencias lleguen hasta ese último extremo, pues no es totalmente inseguro.

Incluso en el supuesto de los diagnósticos preconceptivos erróneos en los que anteriormente se ha negado como regla general la relación de causalidad, sobre la base de que no se puede afirmar con certeza que el falso diagnóstico sea el causante de la concepción

¹⁵³ . Frente a esto, sin embargo, TAUB (*op. cit.*, p. 210) niega la imputación del daño cuando se trata de un diagnóstico erróneo previo a la concepción de un segundo hijo, sobre la idea de que el profesional sanitario no podía prever que los progenitores fueran a concebir descendencia posterior que pudiera verse afectada. No

del niño —pues la decisión se puede adoptar por otros factores—, tampoco se puede calificar la relación entre ambos como totalmente imprevisible o improbable. El diagnóstico erróneo, por un lado, impide el conocimiento de la información relevante para decidir acerca de la concepción y, en cierto modo, condiciona tal decisión, al privarle de un factor importante. No es altamente improbable, por tanto, que los progenitores decidan concebir y que, consiguientemente se produzcan los daños ulteriores.

Por lo que respecta a los diagnósticos indirectos, el observador imparcial que se sitúe en el momento de la omisión negligente puede contemplar como probable que ésta derive en un falso diagnóstico a partir del cual se siga el mismo curso que se plantea en el caso de los diagnósticos preconceptivos o prenatales directos. No obstante, en este caso parece que se habría de reducir tal afirmación al supuesto de que el comportamiento relevante se produzca en relación a la omisión de comunicación de un mal o defecto ya constatado. En cambio, se deberá excluir la imputación cuando se trate de meros riesgos.

El motivo radica en que, *a priori*, el mero indicio de riesgo no es suficiente para afirmar que se podrá detectar el mal o defecto del niño. Es una mera probabilidad. Ahora bien, como probabilidad tampoco resulta totalmente inseguro que la omisión de información sobre este extremo acabe llevando al nacimiento de un niño discapacitado. Por tanto, debería admitirse también como causa adecuada de estos daños el comportamiento del profesional (aunque ya vimos que lo que falla en estos casos es la causalidad fáctica).

4. Como se puede apreciar, la amplitud de este criterio de imputación objetiva permite englobar dentro de su seno a todos los daños que se pueden reclamar a través de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. Tal liberalidad, aunque en cierto modo podría quedar justificada —sobre la idea de que, a fin de cuentas, el riesgo generado por el comportamiento del profesional sanitario es el que se concreta en el daño por el que se reclama la indemnización—, no parece tampoco razonable y ha de ser corregida, bien a través del criterio del fin de protección de la norma, bien a través de otros criterios de imputación objetiva a los que nos referiremos posteriormente.

2.1.2. El fin de protección de la norma

obstante, esta afirmación es discutible cuando se parte de un límite situado únicamente en cursos causales totalmente inseguros.

1. Tal criterio establece que no pueden ser objetivamente imputados aquellos daños que caigan fuera del ámbito o finalidad de protección de la norma sobre la que pretenda fundarse la responsabilidad del demandado¹⁵⁴. Dicho de otra forma, sí serán imputables al agente productor del daño los perjuicios que recaigan sobre aquellos bienes o intereses que la norma buscaba proteger¹⁵⁵.

En este caso, por tanto, se ha de ver si la norma a la que quedaba sometido el comportamiento del profesional sanitario englobaba o no en su finalidad la prevención de los daños por los que aquí se reclama responsabilidad. Ejemplo paradigmático de esta cuestión es, como ya se dijo, la normativa italiana y alemana sobre el aborto que, en la medida en que no reconoce la posibilidad de aborto embriopático, excluye la posible reclamación de daños por el hecho de no haber podido abortar en el caso aquí planteado, así como por el hecho de que se haya producido el nacimiento de un niño discapacitado¹⁵⁶.

¹⁵⁴ . PANTALEÓN PRIETO («Causalidad...», p. 1580). Por tanto, si el resultado del comportamiento del agente no es uno de los que se querían evitar con el establecimiento del deber que emana de la norma de cuidado, el autor estará exento de responsabilidad. Como aclara SALVADOR CODERCH (*op. cit.*, p. 12), «la idea de fondo es que siempre la norma sobre cuya infracción se pregunta contempla uno o más riesgos, pero no todos ellos» (idea igualmente recogida en el derecho alemán por HAUBERICH, *op. cit.*, p. 52).

Ha de advertirse, no obstante, de que este criterio ha sido criticado en ocasiones por la arbitrariedad que conlleva en la estimación de los intereses a cuya protección se dirige la norma en cuestión. Así, de hecho, lo recogen VINEY y JOURDAIN (*op. cit.*, p. 158). No obstante, según indican SPIER y HAAZEN en las conclusiones del *European Group on Tort Law* sobre la relación de causalidad (*op. cit.*, pp. 139-142), el criterio del fin de protección de la norma es una constante presente en la mayoría de los ordenamientos, si bien en algunos casos se considera un elemento de la antijuridicidad, más que de la relación de causalidad (ejemplo de ello es HARRER, que considera sinónimos ambos criterios, en la medida en que se enfrentan al mismo problema, *op. cit.*, p. 103). De hecho, señalan los autores citados que en ocasiones se considera como elemento propio de la causalidad donde no se contempla la antijuridicidad como un elemento de la responsabilidad, si bien dejan la cuestión abierta.

¹⁵⁵ . En palabras de BROX y WALKER (*Allgemeines...*, p. 322), el presupuesto básico de esta doctrina es que todo deber y toda norma engloba un determinado ámbito de intereses y que el agente sólo ha de responder por los daños que se produzcan dentro de ese ámbito protegido (idea también presente en LARENZ, *op. cit.*, p. 440). Como aclara REGLERO CAMPOS, es necesario que el daño sea consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento de la norma que persiga un fin de seguridad («El nexos...», p. 305).

Según PANTALEÓN PRIETO («Causalidad...», pp. 1581-1582), se trata de la imputación dentro de la esfera de riesgos típicos de la fuente de peligro que la norma pone a cargo del responsable. Sostiene el autor que cuando se constata que una determinada conducta infringe una norma, esta constatación sirve para comprobar si la conducta llevada a cabo era una de las que la norma infringida buscaba evitar (en cuyo caso se deberá afirmar la imputación objetiva). De no ser así, no tiene sentido la imputación, puesto que se imputaría al particular un evento dañoso que es realización de un riesgo que el legislador aceptaba (p. 1584).

¹⁵⁶ . Hay que aclarar, por si surge la duda, que en los sistemas en los que se regula el aborto libre se ha de entender englobado en el fin de protección de la norma el supuesto del aborto embriopático, en la medida en que la norma persigue respetar un ámbito de decisión de la mujer que únicamente se respeta cuando ésta posee toda la información existente de forma previa a la adopción de una decisión. En estos casos, la situación en realidad es muy similar a la que se plantea en los supuestos de privación de la decisión sobre la procreación a ambos progenitores.

Ahora bien, al margen de estos casos en que la cuestión puede parecer tan clara, se debe comprobar en general la aplicación de este criterio, materia en que se ha de advertir de que la inseguridad es mayor, puesto que no siempre es fácil de definir el ámbito de protección de la norma fundamentadora de responsabilidad¹⁵⁷. En nuestro caso, esta definición requiere distinguir entre el supuesto del diagnóstico preconceptico (o preimplantatorio) y prenatal, pero también respecto de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*.

2. Comenzando por las acciones de *wrongful birth*, en el caso del error en fase preconceptica, hay que plantearse si la norma infringida —que es la que establece la libertad de procreación— busca o no evitar daños tales como los que se reclaman por los progenitores en estos casos. En tanto que el fin de esta norma es permitir a cada sujeto una libre decisión sobre la procreación futura, no hay duda de que la norma contempla en su ámbito la necesidad de que se posibilite una decisión informada a los progenitores, pues tal es precisamente el contenido de la libertad en cuestión.

Mayores dudas, sin embargo, suscitan los demás daños. Concretamente, respecto a los daños de rebote derivados de la condición enferma del niño, hay que tener en cuenta que la libertad de procreación contempla la posibilidad de que cada persona autodetermine su conducta de cara a la procreación futura. Lo que no está claro es si en el fin de esta norma se contempla también la situación posterior a la decisión en sí, que es la que se pretende garantizar; es decir, si además de contemplarse un favorecimiento de la decisión procreación, busca también la norma la posibilidad de evitar las cargas asociadas al nacimiento de un niño enfermo. La respuesta parece que ha de ser negativa, si se pretende proclamar tal finalidad como la perseguida exclusivamente por la norma: la libertad de procreación no busca sólo permitir a los progenitores decidir si asumir o no la concepción de un descendiente discapacitado; sino permitir en general la decisión de si asumir o no la concepción de un niño. La finalidad de la norma es, pues, más amplia, pero ello no significa que excluya este fin más concreto, sino que lo incluye¹⁵⁸.

¹⁵⁷ . De hecho, advierte en otro contexto PANTALEÓN PRIETO (*Tesis...*, pp. 113-114) de la inseguridad del procedimiento de investigar en cada caso el ámbito específico de protección de la norma fundamentadora de responsabilidad, pues, salvo caso de declaraciones normativas concluyentes, puede plantear serias dudas.

¹⁵⁸ . Este pronunciamiento general, que se predica de cualquier decisión de concebir, en cierto modo se intensifica cuando la concepción se encuentra amenazada por el riesgo de enfermedades o malformaciones. En tales casos, la carga que asumen los progenitores que optan por la concepción es mayor, no sólo en un plano económico, sino también en un plano psicológico. El niño discapacitado requiere mayor atención, mayores cuidados y desvelos por parte de sus progenitores. De ahí que si ya se establece la libertad de elección en

Aunque a partir de esto se debería proclamar la imputación objetiva del daño derivado del nacimiento de un niño enfermo en el caso de un diagnóstico preconceptico, no hay que olvidar que ya se vio en su momento que la relación de causalidad en estos casos era dudosa y que sólo podía acreditarse mediante presunciones, en el caso concreto. Sólo para estos casos tendrá sentido la afirmación de la posible imputación objetiva del daño; pero no para los que no partan de un nexo causal.

3. Por lo que respecta a los supuestos de *wrongful birth* de diagnóstico prenatal erróneo, la norma respecto de la que hay que plantearse el fin de protección es la que regula la facultad de aborto. Respecto de ésta, al igual que en el caso anterior, no hay duda de que ha de entenderse dentro de su fin la garantía de una decisión al respecto, pues tal es precisamente el objeto al cual se dirige la facultad en cuestión.

Pero allí donde podían plantearse dudas respecto de la inclusión en el fin de protección de la norma de los daños posteriores al nacimiento en el caso de los diagnósticos preconceptivos, en este caso quedan eliminadas. En el caso concreto del aborto embriopático, como ya se ha repetido anteriormente, la facultad de aborto se establece con el objetivo de posibilitar a la mujer la decisión sobre la asunción de la carga futura (económica y moral) que supone la crianza y educación de un niño enfermo¹⁵⁹. No hay duda, pues, de que en el fin de protección de la norma se contemplan los daños derivados de no haber conocido a tiempo la condición enferma del niño, para prepararse al respecto, así como los derivados del nacimiento de un niño discapacitado, pues eran precisamente tales daños los que la norma buscaba que decidiera la mujer si asumir o no. En la medida en que la conducta del profesional sanitario frustra esta finalidad, el daño le es imputable.

4. Pasando al ámbito de las acciones de *wrongful life*, la respuesta a la imputación objetiva parece que se convierte en negativa: ni la libertad de procreación ni la facultad de aborto se promulgan pensando en la situación del futuro descendiente. El fin de protección

general, con mayor razón se ha de considerar en estos casos en los que las cargas son mayores. Como señala CAPRON (*op. cit.*, pp. 642-643), «surely, in seeking medical advice and care, prospective parents [...] not only desire to preclude the medical expenses of having a child with a severe disease that might prove fatal within a few years, but also, perhaps primarily, wish to avoid the terrible anguish of producing such a child, caring for it, and then waiting and watching as it dies».

¹⁵⁹. Hay que recordar a este respecto las palabras del Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, de 11 de abril (FJ 11), ya anteriormente transcritas. A partir de ahí se afirma que el legislador español tuvo en cuenta el conflicto de intereses entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer y el propio embrión o feto, considerando que en la situación actual no se podía imponer a la mujer directamente la carga aparejada al nacimiento de un niño gravemente enfermo, debiendo dejar a la misma decidir al respecto.

de la norma no busca prevenir los daños que le supone al niño nacer, ni busca garantizar que no nazcan niños enfermos o malformados. No son normas, pues, cuyo fin haya pensando principalmente en los intereses de la futura descendencia, sino en los intereses de los futuros progenitores.

5. Dicho esto, parece que se ha de tratar de buscar otra vía para afirmar la posibilidad de imputar objetivamente la responsabilidad al profesional sanitario en los supuestos de *wrongful life* (otra norma dentro de cuyo fin se pueda incluir la protección frente a este tipo de daños). En este sentido, se puede tratar de argumentar esta imputación a partir de los deberes de protección que surgen a raíz de la prestación médica desarrollada para el profesional médico frente al ser no concebido o concebido y no nacido; deberes que surgen del hecho de que tal prestación pueda afectarle (supuesto de diagnóstico indirecto) o de que se centre precisamente en él (supuesto de diagnóstico directo preconceptico, preimplantatorio o prenatal). La prestación del profesional sanitario se ha de adaptar a la contemplación de la futura descendencia, y el profesional sanitario queda obligado a no ocasionar daños con su actuación a la descendencia ya concebida o a no introducir factores de riesgo que amenacen a la futura concepción.

Ahora bien, si se pretende considerar la existencia de estos deberes como la norma que resulta incumplida por el profesional sanitario en los supuestos aquí analizados, tal razonamiento tampoco lleva a la afirmación de que el daño reclamado en las acciones de *wrongful life* quede incluido en la finalidad de dicha norma. Esto es así desde el momento en que el contenido de estos deberes parece que se centra en una protección frente a una conducta lesiva por parte del profesional sanitario —causación directa del daño—, pero no en una protección al supuesto titular de los mismos (el *nasciturus* o el *concepturus*) frente al hecho de su vida o de los daños aparejados a la misma. Ya se afirmó anteriormente que no existía un deber del profesional sanitario de impedir el nacimiento de niños enfermos o discapacitados: no sólo su contenido es contrario a valores fundamentales del Ordenamiento, sino que el ejercicio de tal deber lesiona derechos de los progenitores y facultades que les son reconocidas. No forma parte, por tanto, este deber del fin de protección de la norma que obliga al profesional sanitario actuar en protección del *nascitrus* o del *concepturus*.

Igualmente, aunque se tratase de argumentar que la finalidad de estos deberes médicos de cara al *nasciturus* o al *concepturus* se manifiesta con un contenido distinto —la

transmisión de información a los progenitores para que sean ellos los que decidan en el interés del niño (que en estos casos consiste en no nacer)—, tampoco se podría afirmar que los daños reclamados formaran parte del fin de protección de la norma. Para ello, este deber de información debería tener por objeto que se pudiera evitar el nacimiento de niños enfermos; pero no es éste su contenido por dos razones. La primera es que la decisión que adoptan los progenitores, tal y como está establecida en nuestro Ordenamiento, no precisa atender al interés del *nasciturus* o *concepturus*, o a lo que es conveniente para él; de hecho, ante el conflicto de intereses presente, puede adoptarse en atención de los intereses de la mujer, exclusivamente. La segunda es que la decisión puede ejercitarse en sentido positivo o negativo, por lo que no se puede considerar como la finalidad perseguida por el suministro de información la evitación del nacimiento de niños enfermos, sino la posibilidad de decidir si asumir o no las cargas aparejadas.

Por ello, de este cambio en la interpretación del contenido del deber del profesional sanitario no se obtiene tampoco la afirmación de que el daño consistente en el hecho de vivir forme parte del fin de protección de la norma que regía la conducta del profesional sanitario responsable.

6. La conclusión en este punto es que la teoría del fin de protección de la norma en el ámbito de la responsabilidad extracontractual permite la imputación objetiva de los daños reclamados en las acciones de *wrongful birth*; pero excluye tal imputación respecto de los daños reclamados por *wrongful life*, ya que no son concreción del riesgo que se buscaba evitar a través del establecimiento de la norma que regía la conducta del profesional sanitario o la norma de cuidado que ha sido infringida por su comportamiento.

2.1.3. Criterios específicos de imputación objetiva como excepciones a la regla general

1. Junto con la afirmación general a favor o en contra de la imputación objetiva de la responsabilidad en los supuestos aquí planteados, a continuación se trata de examinar en qué medida puede plantearse la intervención de otros de los criterios de imputación objetiva elaborados por la doctrina y en qué medida pueden alterar la regla enunciada¹⁶⁰.

2. Previamente, no obstante, hay que señalar que no todos los posibles criterios de imputación objetiva pueden tener su reflejo en el ámbito de las acciones aquí planteadas,

pues algunos hacen referencia a situaciones que no se pueden encajar en el esquema del supuesto de hecho de *wrongful birth*. En concreto, se ha de excluir desde un principio el estudio del criterio de la provocación (*Herausforderung*), dado que que no se corresponde con las circunstancias en que se producen los supuestos de *wrongful birth*. De hecho, suele remitirse a dos tipos de situaciones –daños producidos en el curso de una persecución, o daños originados a la víctima que actúa para evitar el riesgo de daños a su vida, integridad física, o a bienes ajenos procedentes de la fuente de peligro originada por el responsable– ajenos al contexto aquí planteado¹⁶¹.

3. Habiendo examinado ya el criterio de la prohibición de regreso en sede de intervención de tercero en el nexo causal, resta por examinar el criterio del riesgo general de la vida, la asunción de riesgos, el principio de confianza, así como el criterio del incremento del riesgo, que son a los que nos dedicaremos brevemente a continuación.

2.1.3.1. El riesgo general de la vida (*allgemeine Lebensrisiko*)

1. Este criterio permite negar la imputación objetiva respecto de daños cuya producción deriva de la concreción de riesgos habitualmente ligados a la existencia del dañado, tanto formas de actuar que generalmente ocurren o cabe esperarlas en el normal transcurso de la existencia del afectado, como daños ligados en general a la existencia humana en la forma de socialización y civilización correspondiente¹⁶².

¹⁶⁰ . Tal elaboración corresponde básicamente a PANTALEÓN PRIETO («Causalidad...», pp. 1566-1591).

¹⁶¹ . Para un estudio de este criterio de imputación, ver PANTALEÓN PRIETO («Causalidad...», pp. 1575-1577) o REGLERO CAMPOS («El nexo...», pp. 306-308).

¹⁶² . PANTALEÓN PRIETO («Causalidad...», pp. 1566-1567); en igual sentido, REGLERO CAMPOS («El nexo...», p. 297). Señala este último autor que la dificultad suele residir en la determinación de qué hechos, actos o actividades pueden considerarse incluidos dentro de este criterio. A esto parece responder JAKOBS desde la perspectiva de la existencia de un «riesgo permitido»: «puesto que una sociedad sin riesgos no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgos no es factible; por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediablemente tolerado, como *riesgo permitido*» (*op. cit.*, p. 118). En la configuración de este riesgo, según el autor, más que un análisis de costes-beneficio, lo que influye es la historia y la evolución: es la configuración social generada a lo largo del tiempo la que indica qué riesgos han de ser tolerados y cuáles no (pp. 119-122 y 141).

Entre la doctrina alemana, OSTHEIDE (*op. cit.*, pp. 112-113) señala que todo sujeto se enfrenta diariamente a riesgos inevitables que se encuentran unidos a nuestra forma de vida en comunidad, lo que se conoce como el criterio de imputación del riesgo general de la vida que todo sujeto ha de asumir. A partir de ahí, la responsabilidad sólo se imputa a aquél cuyo comportamiento produzca un aumento del riesgo. Este autor critica a continuación este tipo de criterios sobre la base de que se ven influidos por las ideas sociales cambiantes sobre los valores y contienen un componente dinámico que impide una apreciación general u objetiva.

Aplicado al ámbito de las acciones de las que aquí se trata, se han de imputar a la víctima los daños cuyo riesgo es usual y es generalmente asumido. Este punto de partida incide en la confirmación de la exoneración de responsabilidad del profesional sanitario respecto de dos tipos de daños:

2. Por un lado, ha de considerarse que el hecho de que el niño se vea afectado por malformaciones o enfermedades de origen genético o físico forma parte del riesgo general de la vida, por lo que el profesional no ha de responder por tal hecho en sí¹⁶³. Además, hay que plantearse, como sugiere Díez-PICAZO GIMÉNEZ, en qué medida se ha de considerar asumido por la madre gestante el riesgo de concebir un hijo con defectos, como riesgo normal aparejado a cualquier embarazo, de manera que la concreción del mismo pueda serle imputada a ésta, en vez de al profesional negligente¹⁶⁴. Sobre todo cuando se trata de un embarazo de riesgo, ha de considerarse que los progenitores asumen la posibilidad de que el niño nazca enfermo, por lo que el hecho de la malformación o de la enfermedad en sí no es un daño del que pueda responsabilizarse al profesional sanitario.

3. Tales afirmaciones, no obstante, no deben llevar a excluir igualmente la imputación objetiva de los daños producidos por eventos posteriores al nacimiento que surgen del hecho de la malformación o de la enfermedad (los daños de rebote) cuando tales daños se plantean en el contexto de un diagnóstico preconcepcivo o prenatal negligente.

Si bien es cierto, en general, que toda pareja que se enfrenta a la concepción ha de contar con la posibilidad de que el futuro ser se vea afectado de enfermedades o defectos e, incluso, como se verá a continuación, el riesgo de que tales enfermedades o defectos sean indetectables, esto no significa que, como pacientes de una prestación sanitaria, asuman el riesgo de un comportamiento negligente ni las consecuencias derivadas de ello¹⁶⁵. La posibilidad de un comportamiento negligente, aunque pueda ser usual, no es un riesgo tolerado por la sociedad (sino precisamente rechazado), por lo que no se puede aceptar que se deban imputar a la víctima de un comportamiento negligente los daños aparejados a tal evento, como riesgos generales de la vida.

¹⁶³ . Responde, por el contrario, cuando es él quien causa el mal o defecto (supuesto de lesiones prenatales que no forman parte de las acciones aquí estudiadas), puesto que el riesgo de causación de estos males o defectos no forma parte de un riesgo generalmente asumido.

¹⁶⁴ . *Op. cit.*, p. 1708, nota final 13.

De hecho, no se puede considerar que forme parte del riesgo general de la vida la concurrencia de un comportamiento negligente del profesional sanitario que impida que sea detectada o conocida la malformación, la enfermedad o el riesgo para la procreación futura a tiempo de permitir la decisión sobre si continuar o no con la concepción o el embarazo¹⁶⁶. Tales riesgos no se han de entender asumidos normalmente por los progenitores que se enfrentan a un diagnóstico de este tipo y, consiguientemente tampoco se puede entender asumido en tales circunstancias el daño aparejado al nacimiento de un niño enfermo.

4. Por otro lado, se podría plantear si, ya dentro del ámbito concreto del diagnóstico preconcepcivo o prenatal, han de considerarse como parte del riesgo general de la vida los daños que deriven de la falta de conocimientos de la ciencia o de la técnica, así como los riesgos del desarrollo.

La problemática inclusión de tales daños dentro del caso fortuito o de la fuerza mayor (problema que se manifiesta principalmente en materia de responsabilidad administrativa, donde el artículo 106 CE, únicamente contempla la exoneración de responsabilidad por fuerza mayor) podría ser eludida por esta vía: la exoneración de responsabilidad se produciría por la negación en estos casos de la imputabilidad del daño al profesional sanitario, al pertenecer al riesgo general de la vida¹⁶⁷. Todo sujeto que se somete a una prestación sanitaria es consciente de que la medicina no es una ciencia omnisciente y que existen riesgos que no puede controlar, motivo por el cual se podría considerar que el riesgo del daño producido por la falta de conocimientos científicos forma parte del normal transcurso de la existencia de todo sujeto y que no puede ser imputado al profesional sanitario¹⁶⁸.

¹⁶⁵. Como indica KELLY (*op. cit.*, p. 511), «all patients face the risk that a genetic counsellor, after exercising due care, may be wrong. What they need not to accept is the risk that a genetic counsellor may make a careless mistake».

¹⁶⁶. En este mismo sentido se pronuncia PÉREZ-TENESSA (*op. cit.*, p. 60), cuando se refiere a cómo la prestación del consentimiento por la paciente para la realización de la actuación médica de la cual trae origen la acción de *wrongful birth* o *wrongful life* no puede considerarse suficiente para atribuir a la misma un deber jurídico de soportar el daño (una asunción de riesgo en la terminología ajena a la responsabilidad administrativa). Esto es así porque no queda obligada a asumir cualquier riesgo derivado de una prestación asistencial inadecuada (contraria a la *lex artis ad hoc*). Cita en su apoyo la STS de 10 de octubre de 2000.

¹⁶⁷. De un modo similar, PLAZA PENADÉS (*op. cit.*, pp. 164-172) señala que existe una interpretación conforme a la cual en el ámbito administrativo se interpreta la excepción del artículo 141.1 LRJPAC desde el punto de vista de la antijuridicidad, de manera que se trata de riesgos que tiene el deber de soportar el administrado. Aunque el autor prefiere interpretar estos casos como de fuerza mayor, como en su momento se indicó, esta otra interpretación puede ser útil también de cara a la afirmación de esta exoneración en todo caso.

¹⁶⁸. Por tanto, al margen de que el acaecimiento de estos daños no responda a la idea de un comportamiento negligente, y al margen de que en los sistemas en que se haya de aplicar una responsabilidad objetiva u objetivada, la exclusión de este tipo de daños se derive del reparto general de riesgos asociado al contrato en

La falta de imputación objetiva del daño en estos casos es relevante por lo que respecta al caso concreto de las omisiones respecto de los casos de *wrongful birth* y *wrongful life*. La imputación de la relación de causalidad sobre la mera constatación de la existencia de un deber de actuación podría llevar a predicar la responsabilidad por el falso diagnóstico, tanto en el supuesto de que en el caso concreto el mal del niño hubiera sido efectivamente detectable, como en el supuesto de que no lo fuera, por carecer la ciencia médica de conocimientos suficientes en el momento de desarrollar la actuación omitida. Si se aplica, en cambio, el criterio del riesgo general de la vida como aquí se ha propuesto, resulta que únicamente serán imputables los daños procedentes de omisiones, cuando el comportamiento activo hubiera permitido detectar el mal o defecto en cuestión; no en caso contrario.

5. Fuera de estos dos casos, es difícil que se pueda plantear en el contexto de estas acciones la falta de imputación objetiva del daño al profesional sanitario por tratarse de un supuesto de riesgo general de la vida. Como se ha dicho, el hecho de que el error de diagnóstico sea frecuente no convierte tal evento en uno de estos casos, pues, como se ha visto, el riesgo tolerado es el que procede de las deficiencias de la propia ciencia médica, no el que deriva de un comportamiento negligente, como es el caso que aquí se plantea.

2.1.3.2. La asunción del riesgo por la víctima

1. Junto con los riesgos que se ha de entender que son asumidos generalmente por todo sujeto, como parte del hecho de vivir, o de la vida en sociedad, en el contexto de la actividad de que se trate se ha de entender también que no puede imputarse al profesional sanitario el daño que deriva de un riesgo expresamente asumido por el paciente¹⁶⁹; afirma-

cuestión (en el caso de los contratos de servicios o de obra), del entendimiento de que la finalidad de la norma no va dirigida a garantizar este tipo de daños (en el caso de la LGCDU), o de la exclusión expresa legal (artículo 141.1 LRJPAC), lo cierto es que estos daños se han de considerar además no imputables en el ámbito de la actividad médica, por pertenecer al riesgo general de la vida, asumido por el paciente salvo pacto en contra.

¹⁶⁹. En este sentido, señala SALVADOR CODERCH (*op. cit.*, p. 13) que el consentimiento de la víctima (para bienes jurídicos disponibles) y la asunción del propio riesgo (para bienes jurídicos indisponibles) lleva a que no le sea imputable al agente el resultado dañoso. Se trata de lo que denomina JAKOBS (*op. cit.*, pp. 109-11) «competencia de la víctima por su comportamiento» (la víctima no puede asumir un contacto social arriesgado sin aceptar como fruto de su comportamiento las consecuencias que conforme a un pronóstico objetivo son previsibles). Lo decisivo en este punto es, según el autor, si la víctima ha desempeñado en el daño un rol de víctima o el rol de alguien que configura la situación y actúa a su propio riesgo (p. 112).

La idea se manifiesta en el ámbito civil a través del antiguo aforismo latino *volenti non fit iniuria* o, también, según VON BAR (*Vol. II*, p. 528 y 535) a través de la buena fe y el *venire contra factum proprium*. Según señalan LE TOURNEAU y CADIET (*op. cit.*, p. 439), la asunción del riesgo por la víctima exonera al demandado. De hecho, subrayan los autores que en una actividad intrínsecamente arriesgada como es la médica, el con-

ción que se ha de matizar en el sentido de que, en todo caso, esta asunción expresa no se extiende a la asunción del riesgo de un comportamiento negligente¹⁷⁰.

El principio del que aquí se parte, de todas formas, es que le son imputables al profesional sanitario los riesgos que no han sido asumidos por el paciente, por no haber contado con la información necesaria para ello¹⁷¹. Por tanto, cuando, como ocurre en las acciones aquí estudiadas, el profesional priva a los progenitores del conocimiento de una información sobre el estado de salud de la descendencia futura, ha de entenderse que es el profesional sanitario –y no el paciente– el que asume el riesgo derivado de ello.

Aunque los progenitores asumen siempre un riesgo general de que su descendencia se vea afectada por enfermedades o defectos, en el contexto que aquí se plantea –es decir, una vez que se revelan nuevas circunstancias respecto de la salud de la descendencia futura–, éste no es el riesgo al que se enfrentan: el peligro concreto y no abstracto, o la enfermedad o malformación efectivamente presente determinan la necesidad de un nuevo pro-

sentimiento prestado por el paciente comporta una cierta asunción del riesgo (p. 440), siempre que se plantee respecto del riesgo de daños eventuales (BUSTO LAGO, *La antijuridicidad...*, p. 330). Cuando se plantea respecto de riesgos seguros, lo que se plantearía sería un pacto de exoneración de responsabilidad.

No obstante, hay que destacar que para algunos autores (como BUSTO LAGO, *La antijuridicidad...*, p. 292; o, con ciertos matices, LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, p. 213) esto no es un problema de imputación objetiva, sino de antijuridicidad. De hecho, los autores alemanes, en general, estudian el problema del consentimiento como exonerador de la responsabilidad en sede de antijuridicidad (KÖTZ y WAGNER, *op. cit.*, p. 40 o MEDICUS, *Besonderer...*, p. 370).

¹⁷⁰ Tal puntualización es recogida por la mayoría de los autores. Tal es el caso de BUSTO LAGO, que pone de relieve que «la “aceptación de riesgos” no conlleva más que la de los riesgos normales de la actividad en la que se aprecie» (*La antijuridicidad...*, p. 343); pero la idea es también recogida por EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, p. 167); GALÁN CORTÉS (*La responsabilidad...*, p. 9) o SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, p. 104).

¹⁷¹ Según SÁNCHEZ GÓMEZ (*Contrato...*, pp. 104-105), esta corriente, que ella misma parece aceptar, es seguida por la jurisprudencia: «la no información de una serie de riesgos del tratamiento o de la información de los que se debía haber informado, comporta su asunción por el profesional de la medicina, esto es, no entran a formar parte de la esfera del paciente, aunque sean previsibles». Muestra de ello es la STAP de Vizcaya de 18 de enero de 1999, que afirma que la información está unida a un riesgo inherente a todo acto médico, que es asumido por el médico cuando no informa al paciente de forma que éste pueda prestar su consentimiento y asumir con ello tal riesgo. E igualmente cita DE ÁNGEL YÁGÜEZ («La tercera...», p. 192) dos sentencias del Tribunal Supremo: 23 de abril de 1992 y 26 de septiembre de 2000.

Pero esta misma idea es recogida por algunos autores. En concreto, afirma GALÁN CORTÉS (*La responsabilidad...*, pp. 23, 28 y 48, con cita de la STS de 23 de abril de 1992): «si el paciente desconoce previamente los riesgos y posibles complicaciones de la intervención a que va a ser sometido, parece evidente que no los puede asumir, siendo el médico, al transgredir esa obligación de información, quien asumirá por sí solo los riesgos del acto quirúrgico». Del mismo modo, entre los autores alemanes, señala DEUTSCH (*Arztrecht...*, pp. 52 y 57) que el paciente ha de conocer qué riesgo asume con su consentimiento a la intervención, de manera que tal información es presupuesto también de la asunción del riesgo (*Gefahrentragung*). Así, afirma que el médico asume todo el riesgo del fracaso de una prestación sanitaria realizada sin consentimiento informado (p. 78; idea que recoge también BERGMANN, *op. cit.*, p. 65). No obstante, destaca DE ÁNGEL YÁGÜEZ («La tercera...», pp. 192-193) tres excepciones: que el paciente se hubiera sometido de todas formas al riesgo, que

nunciamento de los progenitores respecto de ese riesgo, pues es diferente del inicialmente asumido (y no se pueden asumir riesgos que, en realidad, no se conocen)¹⁷². En tales circunstancias, el falso negativo impide que sean los progenitores los que asuman el riesgo del nacimiento del niño enfermo; riesgos que deben entenderse asumidos en general por el profesional sanitario, ya que es el que tiene el deber de informar a la madre del estado de salud del embrión o feto, a fin de que ésta pueda decidir si asumir o no la carga del niño. Así, en la medida en que priva a la mujer de esta decisión, se ha de entender que es él quien asume la carga del daño, y no aquélla.

Frente a este principio, lo que aquí se propone es excluir la responsabilidad en aquellos casos en los que el riesgo haya sido efectivamente asumido por los progenitores, de acuerdo con los requisitos que se exigen para dar relevancia a esta asunción del riesgo¹⁷³. Esta exclusión se puede plantear en dos supuestos:

2. En primer lugar, hay que plantearse si esta asunción se produce en el caso concreto de los falsos diagnósticos basados en un error en la probabilidad del riesgo. Se trata de los supuestos en que el error en el diagnóstico consiste en evaluar como menor de lo que realmente es el riesgo que amenaza a la futura descendencia, supuesto especialmente importante en esta materia de diagnóstico preconceptico o prenatal en que, como ya se dijo, el diagnóstico se formula en muchas ocasiones en términos de probabilidades o porcentajes.

Ciertamente, la valoración del riesgo en menor cuantía es un diagnóstico erróneo (en tanto que no responde a la situación del paciente); lo dudoso es si en tal caso la información de la existencia de un riesgo transmitida a los progenitores es o no suficiente para considerar asumido el riesgo por el paciente que adopta su decisión a partir de tal información. En este sentido, parece que se ha de entender, en principio, que los progenitores que conocen la existencia de un riesgo —que es el que posteriormente se concreta en el niño que nace— lo asumen cuando optan por concebir o llevar a término el embarazo, sea cual sea la proporción en que tal riesgo se les comunique. En la medida en que son informados de la posibilidad del riesgo, no pueden alegar que lo desconocieran cuando adoptaron su deci-

estuviera ya informado (pues no puede alegar falta de información quien ya estuviera informado, p. 195), o que fuera probable la asunción del riesgo.

¹⁷² . Así lo estima, por ejemplo, ROMERO COLOMA (*op. cit.*, p. 80).

¹⁷³ . A este respecto se parte de la afirmación que recogen LUNNEY y OLIPHANT (*op. cit.*, p. 229), respecto a que no basta con el conocimiento del riesgo para asumirlo. Es necesario, por el contrario, básicamente, que el

sión¹⁷⁴. De hecho, cuando ese resultado se produce, no es importante si es un caso entre un millón o entre diez, porque incluso la ínfima probabilidad, allí donde se da, se da al cien por cien y los progenitores ya conocen el riesgo.

Ahora bien, el problema se planteará cuando se informe de un riesgo muy bajo que en realidad deba ser valorado como muy alto (supuesto no muy usual en la práctica pues en general en este contexto se suelen mover los porcentajes en márgenes muy bajos)¹⁷⁵, pues en tal caso sí que podría ser puesto en duda que la comunicación de un riesgo como prácticamente despreciable pudiera ser considerada como información sobre el riesgo y, por tanto, como falso negativo; el bajo porcentaje comunicado a los progenitores puede llevar a que éstos no lo tengan en absoluto en cuenta como factor en la decisión adoptada, aunque dependerá de la aclaración e información complementaria que aporte el profesional sanitario junto con tal información.

Pero además, la información sobre un porcentaje bajo de riesgo puede ser determinante para permitir a la mujer la adopción de una decisión respecto de la interrupción del embarazo. Como es lógico, allí donde la información errónea le impida optar por el aborto, difícilmente se podrá considerar que ha sido asumido el riesgo consiguiente¹⁷⁶.

paciente entienda la naturaleza del riesgo y que su actuación sea libre y voluntaria (BUSTO LAGO, *La antijuridicidad...*, p. 343; PROSSER y KEATON, *op. cit.*, p. 487).

¹⁷⁴. El hecho de que el porcentaje de riesgo fuera realmente superior al informado no impide que se tuviera conocimiento de la posibilidad de que se concretase este riesgo en el niño. Pese al error en la valoración del riesgo, puede considerarse que la decisión adoptada es una decisión «informada», puesto que conoce la existencia de un factor relevante para la adopción de la decisión de concebir. La gravedad del mal o defecto, además, impide que se pueda alegar que la decisión hubiera sido otra de conocerse el mayor riesgo existente, puesto que es difícil imaginar que los progenitores actúen en este ámbito sobre la base de una apuesta. Decir que se arriesgarían ante una probabilidad del 25%, pero no del 50%, olvida que la alta gravedad del mal involucrado suele excluir este tipo de valoraciones.

¹⁷⁵. Por poner un ejemplo, una enfermedad tan grave como la de Tay-Sachs sólo tiene una probabilidad del 25%, mientras que la probabilidad de un síndrome de Down, en el grupo de mayor riesgo, asciende sólo al 3,5% (KELLY, *op. cit.*, p. 509 nota 19. Para un examen más exhaustivo de las probabilidades en relación con las enfermedades genéticas, ver EMALDI CIRIÓN, *El consejo...*, pp. 56-62).

¹⁷⁶. Pese a que inicialmente el Proyecto de Ley de Despenalización del Aborto establecía el motivo del 417 bis.1.3º Cp en términos de probabilidad del evento negativo (*que sea probable que el feto nazca...*), tal redacción fue reformada en la versión definitiva, en la que se introdujo un matiz de certeza (*que se presuma que el feto habrá de nacer...*), acorde con lo que había dispuesto el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, de 11 de abril (FJ 10: «el término "probable" expresa la idea de razonable presunción de verdad»).

Tal idea, de hecho, es interpretada por EMALDI CIRIÓN (*El consejo...*, p. 355) como «un grado de certeza equivalente a probabilidad, entendida ésta de un modo objetivo», criterio que reafirma ROMEO CASABONA («Aspectos...», p. 169 y nota 42), cuando exige la seguridad en la aparición del mal o defecto. Del mismo modo, en el caso francés, como destacan FINEL (*op. cit.*, p. 226) y THOUVENIN (*op. cit.*, p. 408), no se requiere certeza, pero sí una *forte probabilité*. Frente a ellos, ROMERO COLOMA («La responsabilidad...», p. 117) parece negar que sea necesaria la certeza.

3. En segundo lugar, en el caso de las acciones de *wrongful birth*, esta afirmación tiene especial relevancia frente a los errores de diagnóstico en fase preconceptiva en relación con los daños posteriores al nacimiento, que, aunque logren superar el obstáculo que supone la dificultad de afirmar una relación causal, se enfrentan a este problema de imputación objetiva. En concreto se trata de que, en el supuesto de que, tras un falso diagnóstico preconceptivo o preimplantatorio negativo, se conciba un niño en cuyo desarrollo intrauterino se concreten los riesgos no advertidos inicialmente, la decisión de la mujer respecto del ejercicio de la facultad de aborto parece que se ha de interponer en la imputación objetiva al profesional sanitario de los daños posteriores al nacimiento.

Efectivamente, a lo largo del proceso de embarazo y de su seguimiento médico es posible que se detecten o se puedan detectar conforme a la *lex artis* los males o defectos de los que no se informó en fase preconceptiva. En tales casos, se ofrecerá a la mujer la posibilidad de interrumpir el embarazo; facultad que la mujer podrá ejercitar libremente en sentido positivo o negativo sin que quede condicionada a un ejercicio positivo de interrupción del embarazo derivado de un pretendido deber de mitigación del daño¹⁷⁷ (pues ha de considerarse, como ya se señaló en materia de *wrongful conception*, que se trataría de una conducta inexigible¹⁷⁸). Por tanto, hay que afirmar que la decisión posterior sobre el aborto ha de considerarse plenamente libre.

Ahora bien, que no exista deber de abortar no ha de significar necesariamente que la adopción de una decisión en este punto carezca de trascendencia de cara a la imputación de la responsabilidad por daños generados por eventos posteriores a esta decisión. De hecho, ha de entenderse que cuando ésta se ejercita en sentido negativo, la carga de los daños pos-

¹⁷⁷ . Al margen de que el uso de esta regla de la mitigación del daño en los derechos continentales no haya sido tan frecuente como en el derecho anglosajón (YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, p. 165), tampoco parece que sea la aplicable a este caso concreto. Esto es así porque cuando la doctrina se refiere a tal deber de mitigación no parece hacerlo en un sentido preventivo del daño que puede acaecer, sino una vez ya producido éste, para paliar sus efectos dañosos. Así, señala CUEVILLAS MATOZZI (*op. cit.*, p. 166): «el deber de mitigar surge en cabeza del acreedor del resarcimiento en un momento posterior. Su aplicación presupone que el daño haya sido causado exclusivamente por el comportamiento del demandado»; y lo mismo se deduce de DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Tratado...*, p. 845), ROCA TRÍAS (*Derecho...*, p. 146) o YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, p. 499). Dado que en esta fase prenatal todavía no se ha concretado el daño que se remite a eventos posteriores al nacimiento, difícilmente se puede hablar ya de mitigación.

Frente a ello, Díez-PICAZO (*Daños...*, p. 322) destaca que este deber pesa sobre el eventual perjudicado: «desde el momento en que es previsible la producción misma del daño y subsiste, tras la producción de éste, respecto de sus consecuencias o secuelas».

teriores al nacimiento es asumida conscientemente por la mujer¹⁷⁹. Haciendo uso de la facultad de aborto en sentido negativo, la mujer decide asumir las cargas aparejadas al nacimiento de un niño enfermo; cargas por las que no puede reclamar posteriormente responsabilidad, al igual que tal responsabilidad no se puede reclamar de nadie en un caso normal de ejercicio negativo de la facultad de interrupción del embarazo¹⁸⁰. De hecho, el daño que deriva de la privación de la libre decisión acerca de la asunción de la carga del niño discapacitado no se concreta, pues se ofrece la posibilidad de tomar tal decisión y ésta se adopta, ya con toda la información disponible¹⁸¹. Por tanto, a través de este comportamiento relevante de la titular de la facultad de aborto ha de considerarse que asume el daño y excluye con ello la imputación objetiva del mismo al profesional sanitario.

La cuestión puede ser dudosa si se considera que, en el fondo, con esta solución se proclama indirectamente un deber de mitigación del daño (no asume el profesional sanitario aquellos daños que debería haber eliminado o reducido la víctima) y que este tipo de actuaciones en realidad son inexigibles¹⁸². Sin embargo, con esta alegación no se pretende impo-

¹⁷⁸ . La hipotética mitigación del daño queda sometida, de hecho, a parámetros de razonabilidad (PANTALEÓN PRIETO: «Artículo 1902...», p. 1993). Por otra parte, en relación a esta inexigibilidad ha de considerarse que el aborto, tal y como se encuentra regulado en nuestro Ordenamiento, no es nunca un deber de la mujer.

¹⁷⁹ . Así parece opinar JACKSON («Action...», pp. 553 y 557), cuando señala que si la madre desea que el niño nazca, su actuación constituye *novus actus interveniens* que absuelve al doctor de su responsabilidad y la somete, en su caso, a responsabilidad frente al niño. Igualmente, DICKENS (*op. cit.*, p. 95) afirma la asunción del riesgo por los progenitores, cuando han sido informados del mal del niño y deciden continuar con el embarazo. Otros autores, como GALLAGHER (*op. cit.*, p. 1320 nota 1), no son tan concluyentes en su respuesta y se limitan a plantearse la cuestión.

¹⁸⁰ . Cuando la opción se ejercita en sentido positivo, se produce el aborto y el niño no nace. En tales casos, al no producirse nacimiento alguno, no habrá daño posterior por el que reclamar. Por ello, sin perjuicio de que se pueda reclamar por la privación de la libertad de procreación o de información producida en fase preconceptiva, no se tratará de verdaderas acciones de *wrongful birth*, puesto que no se llega a producir el nacimiento del niño aquejado de los males o defectos que no se apreciaron en su momento. El daño cuyo riesgo generó el comportamiento negligente del profesional sanitario no se concretó.

Otra cosa será también si el profesional sanitario en tales casos deberá indemnizar por los daños derivados del aborto al que se ha sometido la mujer (si se demuestra que precisamente se acudió previamente al diagnóstico preconceptivo para evitar la concepción de un niño enfermo). Pero tales daños tampoco son ya un problema de *wrongful birth*, sino otro tipo de acción de responsabilidad.

¹⁸¹ . Frente a esto, es cierto que TROTZIG (*op. cit.*, p. 23) sostiene: «the parents could still recover damages even if they were subsequently told during the course of the pregnancy that the child would be born with hereditary defects and even though the parents refused to opt for an abortion». No obstante, el autor no explica por qué se mantiene en estos casos la acción, ni se puede deducir el motivo de un estudio del tema de la mitigación del daño o del propio concepto de daño.

¹⁸² . En este sentido, DE ÁNGEL YAGÜEZ («Diagnósticos I...», p. 110, nota 14 y «Diagnósticos II...», pp. 147-148) menciona que, en los diagnósticos preconceptivos erróneos, la enfermedad congénita con la que nace el niño no fue eludida por los padres, porque no quisieron, «porque es evidente que el recurrir al aborto es un derecho, pero no un deber» (pronunciamiento que también realizó el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, de 11 de abril: FJ 7). De todas formas, que el aborto no sea ciertamente un deber no excluye la decisión al respecto lleve aparejadas ciertas consecuencias sobre la asunción de la situación enferma del niño.

ner a la mujer la carga de mitigar el daño, sino que únicamente se extraen consecuencias de su decisión adoptada, esta vez sí, libre y conscientemente. No se trata, pues, de que, llegada la fase prenatal, se trate de obligar a la mujer a abortar para evitar los daños posteriores al nacimiento, sino de atribuir efectos a la decisión que adopta.

4. En todo caso, como excepciones a esta regla general de falta de imputación del daño posterior al nacimiento en el caso de diagnóstico preconceptico erróneo, se han de citar tres tipos de casos:

- Aquéllos en los que no existe seguimiento del embarazo en fase prenatal, de manera que no se detectan los defectos del niño ni se abre la posibilidad de ejercicio de la facultad de aborto. A este respecto habrá que plantearse la posibilidad de concurrencia de culpas con la actuación de la mujer que no se somete a este seguimiento (o el hecho de tercero frente a las acciones de *wrongful life*)¹⁸³.

- Aquéllos en los que en fase prenatal se lleva a cabo un comportamiento negligente que deriva igualmente en un falso negativo. En tal caso no habrá existido tampoco posibilidad de interrupción voluntaria del embarazo y se habrá establecido un desarrollo causal directo hasta el nacimiento. Así, los daños posteriores al nacimiento serán imputables al primer profesional, siempre que no se considere que la intervención del segundo sujeto interrumpe el nexo causal, como hecho de tercero (pues se plantea como un curso causal independiente). De todas formas, si se trata de diversos sujetos, habrá que ver en qué medida ha de repartirse la responsabilidad entre ellos, de acuerdo con las reglas de concurrencia de comportamientos negligentes examinadas brevemente con anterioridad.

- Aquéllos en los que se trata de males o defectos únicamente detectables en fase preconceptica, pero no en fase prenatal dentro del plazo relevante para proceder a la inte-

Lo mismo ha de decirse de las palabras de PANTALEÓN PRIETO («Procreación...», p. 251), cuando señala que «el hecho de que, pudiendo hacerlo, la madre no haya abortado, o no haya dado a su hijo en adopción, ha de considerarse absolutamente irrelevante». Es ciertamente irrelevante si se pretende plantear esta opción como un deber de mitigar el daño; pero no si se atiende al hecho de que implica una opción personal de los progenitores, que con ello asumen la carga ocasionada por el niño enfermo que buscaba prevenir la norma de cuyos beneficios inicialmente se les privó. No hay que olvidar que en estos casos la conducta del profesional sanitario no ocasiona el defecto del niño, sino que no permite decidir si asumir o no su carga.

¹⁸³. De hecho, en este caso sí se podría plantear un deber de mitigar el daño a través del sometimiento al seguimiento prenatal, como forma de comprobar la adecuación del diagnóstico obtenido en fase preconceptica. Para ello, no obstante, habría que calificar de exigible el sometimiento de la propia integridad física a este tipo de prestación médica, lo que puede resultar dudoso.

rupción del embarazo¹⁸⁴. En tal caso, no se ofrecerá a la mujer en fase prenatal el ejercicio de la facultad de aborto, por lo que no se podrá hablar de asunción por ésta del riesgo.

5. La cuestión es si han de entenderse igualmente asumidos en el caso de un diagnóstico prenatal los daños posteriores al nacimiento por el hecho de que los progenitores no entreguen al niño en adopción. Al respecto, hay que comenzar señalando que tal situación muestra un falso paralelo con la que se acaba de plantear: así como en el caso del diagnóstico preconceptivo se parte de la posibilidad de unos daños futuros, respecto de los que cabe decidir previamente a su producción si asumirlos o no, en este caso la supuesta asunción se realiza respecto a unos daños ya producidos.

En este caso, lo principal es recordar el argumento de la inexigibilidad de esta conducta a los progenitores como conducta mitigadora del daño. Por tanto, la falta de entrega en adopción del niño no puede considerarse como un supuesto de asunción por los progenitores del riesgo de los daños posteriores al nacimiento en los casos de responsabilidad por *wrongful birth* por diagnóstico prenatal erróneo (ni en ningún otro supuesto), a partir del cual negar la imputación objetiva del daño¹⁸⁵.

2.1.3.3. El principio de confianza

¹⁸⁴ . Con ello se hace referencia, por un lado, a ciertos defectos (generalmente genéticos, como el síndrome del cromosoma x-frágil) que pueden ser detectados con un estudio previo a la concepción, pero que no se detectan una vez producida la misma, bien por no existir una prueba que permita detectar el problema en el feto o embrión (como es el caso de la fenilcetonuria), o bien por no existir indicios de riesgo que determinen la necesidad en fase prenatal de realizar un diagnóstico al respecto. Por otro lado, se hace referencia a aquellos males o defectos cuya detección sólo es posible, de acuerdo con el estado de la ciencia, en un momento del embarazo posterior al plazo establecido para el aborto embriopático.

¹⁸⁵ . Por otra parte, la posibilidad de eliminar estos daños queda condicionada por lo dispuesto en el Ordenamiento sobre la relación paterno-filial. No parece ser la misma situación que se plantea en la facultad de aborto, donde, sobre la base del presupuesto de hecho establecido por la norma, se permite una libre opción a la mujer al respecto. Por un lado, los especiales vínculos jurídicos que se derivan de la relación paterno-filial y que obligan a los progenitores a hacerse cargo de sus hijos (artículo 154 Cc) impiden que, una vez nacido el niño, los progenitores puedan entregarlo libremente en adopción como vía para excluir las cargas que conlleva. Por otro lado, pese a que nada se dispone de forma expresa, hay que entender restringida la libre entrega en adopción como derivada del interés del adoptado, que se constituye como el criterio rector de la adopción.

La Ley 11/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, nada dispone respecto de la posibilidad de dar a un hijo en adopción. Lo más que establece es el asentimiento o la audición a los progenitores del adoptando en el proceso de adopción, que se ha de tener en cuenta cuando no estuvieran privados de la patria potestad (artículo 177 Cc y artículos 784-755 y 781 LECiv 1/2000). Esto supone que pueden dar al hijo en adopción, al parecer, voluntariamente. Ahora bien, en todo caso, el criterio rector, como se proclama en la Exposición de Motivos de la norma citada, es el interés del adoptado, que prima sobre los demás intereses concurrentes de los adoptantes y de los padres o guardadores del adoptado. En este sentido, declara THÜR (*op. cit.*, p. 87) que el interés del niño suele ser su crianza en el seno de la familia natural.

1. Este principio, elaborado en Alemania sobre la idea de que cada sujeto no tiene por qué controlar los comportamientos de otros sujetos que interactúan en el tráfico jurídico, encuentra una clara aplicación, como ya se ha visto en el capítulo dedicado a la imputación subjetiva, dentro del ámbito sanitario¹⁸⁶. La intervención de diversos sujetos en relación a la prestación de asistencia a un determinado paciente —pluralidad a la que ya se ha hecho referencia numerosas veces—, convierte la responsabilidad médica en un marco en que dicho principio puede desarrollar claramente sus postulados.

De hecho, este principio opera generalmente en el marco de un reparto del trabajo entre profesionales sanitarios, como derivado de la necesaria interacción entre diversos especialistas que llevan a cabo distintas actividades de la atención a un mismo paciente relacionadas entre sí, como ya vimos al estudiar la imputación subjetiva y, especialmente, en el caso de los equipos médicos¹⁸⁷. Para favorecer la atención sanitaria en sí y no obstaculizar

¹⁸⁶. Tal teoría es desarrollada por JAKOBS, que parte en general de que no todos los sujetos están obligados a evitar todos los daños posibles (pues ello produciría una paralización de la vida social), sino que «se adscriben a determinadas personas, que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción —y no a todas las personas—, determinados cometidos, es decir, aseguran estándares personales, roles que deben ser cumplidos» (*op. cit.*, p. 97). La imputación de responsabilidad se produce cuando un sujeto actúa desviándose de las expectativas del rol asumido (se determina quién ha quebrantado su rol administrándolo de modo deficiente; p. 100). Por otra parte, y centrándonos ya en el principio de confianza, sostiene el autor que «no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás; de otro modo no sería posible la división del trabajo». Ha de partirse de que los demás son, a su vez, sujetos responsables (pp. 105-106).

No obstante, hay que advertir que la existencia de este principio como criterio autónomo de imputación objetiva se cuestiona en ocasiones. Como señalan Suárez González y Cancio Meliá en el prólogo a la obra de Jakobs citada (*op. cit.*, p. 69), su autonomía conceptual es dudosa, «pues tan sólo constituye una concreción de lo que generalmente puede reputarse como “riesgo permitido”». Por ello, señalan los autores que en el fondo se trataría de un grupo de casos en los que el riesgo permitido requiere una adaptación a las circunstancias concretas.

¹⁸⁷. No son, sin embargo, los únicos casos en que se aplica tal principio de confianza; y de hecho, en el capítulo tercero se ha hecho referencia a este principio en otras ocasiones relacionadas en general con el seguimiento de instrucciones o la remisión a profesionales. Así por ejemplo, GÓMEZ PAVÓN (*op. cit.*, p. 344) lo menciona respecto de la situación del profesional que solicita a otro especialista unas pruebas cuyo resultado resulta erróneo, si bien la autora no lo resuelve. La aplicación del principio de confianza en este caso determinará la exoneración de responsabilidad del profesional que apoya su actuación en el resultado erróneo, en tanto que tal error no sea patente o lo sea la falta de competencia del profesional que lo emite. De hecho ésta es la solución que ofrece GOMBAULT (*op. cit.*, p. 75), cuando afirma que no será responsable el médico remitente por no controlar la correcta realización de la prueba por el profesional que la ha practicado (aunque no hace referencia al principio de confianza, la idea es la misma).

Otro ámbito en que se manifiesta este principio es en relación a la emisión de informes y documentación médica. Según BERGMANN (*op. cit.*, p. 50), a la vista de la división del trabajo, los médicos que colaboran en el tratamiento o intervienen con posterioridad deben ser capaces de informarse sobre las medidas adoptadas, la terapia seguida y las consecuencias de la misma. El fin de la documentación es una seguridad en la terapéutica, en las pruebas, en la calidad y en los costes. Por ello se debe aplicar también la confianza sobre la documentación de los colegas profesionales, pues si no, carecería de sentido la división del trabajo. De esta forma, el profesional que solicita un informe de un colega puede confiar en la corrección del mismo y actuar sobre tal base.

en exceso tal desarrollo se establece este principio de salvaguarda de la actuación del profesional que ha de basar su actuación en lo realizado por otro profesional¹⁸⁸. De no hacerse así, se obligaría a tal profesional sanitario a comprobar cada resultado, diagnóstico o informe emitido por otro profesional, lo que no sólo retrasaría indebidamente la prestación de asistencia médica, sino que, además, no siempre sería posible, dada la especialización creciente dentro del ámbito médico¹⁸⁹.

Así, en aplicación de este criterio de imputación objetiva, se parte de que los profesionales sanitarios pueden confiar en la corrección de la actuación de otros profesionales sanitarios en el desarrollo de su actividad¹⁹⁰. Aunque ostentan generalmente una posición de garantes, y aunque su comportamiento se integre en el curso causal, no se les puede imputar objetivamente el daño que deriva del seguimiento o aplicación de lo dispuesto por otro profesional sanitario en el desarrollo de su profesión.

2. Tal principio encuentra, sin embargo, dos excepciones en que sí se produce la imputación de responsabilidad al profesional sanitario que confía en la actuación de su colega: la existencia de un indicio a partir del cual pudiera prever el error de su colega, y la existencia de otro criterio de imputación de responsabilidad, frente al que deba ceder éste.

¹⁸⁸ . GÓMEZ PAVÓN (*op. cit.*, pp. 348-349) pone también de relieve cómo este principio se relaciona con la división del trabajo, pues busca evitar que cada uno de los intervinientes tenga que controlar todos los cursos causales influyentes. Puntualiza, no obstante, que es presupuesto de la confianza que la división del trabajo se realice de forma que permita ésta, por lo que la elección descuidada de alguno de los colaboradores hará decaer la misma.

¹⁸⁹ . No obstante, hay que destacar que algunos autores, como DE ÁNGEL YÁGÜEZ («Sentencia...», pp. 27-28), alcanzan el mismo resultado que ofrece este principio a través de otras vías, en concreto, a través del propio criterio de la culpa, según fuera o no manifiesta la incapacidad del sujeto que se designa para colaborar.

¹⁹⁰ . Respecto de su aplicación al ámbito médico, señala BERGMANN (*op. cit.*, p. 48) que la jurisprudencia ha establecido desde hace un siglo ante la especialización médica el principio de que el médico competente para la prestación sanitaria debe confiar en la cualificación de sus colegas. De hecho, el BGH aplica este principio de confianza (*Vertrauensgrundsatz*) tanto para el derecho penal, como para el civil. Este principio fue definido por una sentencia de 1991, sobre la base de que cada profesional ha de cumplir los deberes que le son propios a su ámbito de competencia; pero que puede confiar —en tanto que no sea cognoscible ninguna falta de cualificación o de competencia visible— en que sus colegas de otras especialidades cumplirán sus propias competencias de forma cuidadosa. No existe, pues, un deber de control. Así lo señala igualmente, LAUFS (en LAUFS/UHLENBRUCK, p. 949).

Entre nuestros autores, la aplicación del principio de confianza a la actividad médica es aceptada generalmente (entre otros, GÓMEZ PAVÓN, *op. cit.*, p. 348-349; LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, p. 333; MARTÍN BERNAL, *Responsabilidad...*, p. 292 y ROMEO CASABONA, *El médico...*, p. 76). No obstante, GÓMEZ PAVÓN (*op. cit.*, pp. 343-344) parece poner en duda este principio dentro del ámbito de los tratamientos en cadena, en la medida en que el profesional sanitario no es siempre el que escoge el médico al cual se remite, o se remite a un servicio en general. Dice la autora en concreto que «la posible confianza en la cualificación profesional es de esta forma inexistente».

Por lo que respecta a la primera excepción, que es la que más nos interesa, la imputación objetiva se produce porque se estima que no existe confianza sobre la que exonerar la responsabilidad al demandado¹⁹¹. En concreto, tal pérdida de confianza se aprecia en dos circunstancias: cuando el profesional en cuya actuación se pretende confiar fuera manifiestamente negligente o cuando concurra en él una falta de capacidad patente¹⁹².

Por lo que respecta a la segunda excepción, excluye la aplicación de este criterio en aquellos supuestos en los que exista un deber de vigilancia y control sobre un determinado sujeto. Por tanto, en los supuestos de división vertical del trabajo este principio no actúa¹⁹³.

3. La aplicación de este principio es clara en el marco de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, en la medida en que en las diversas fases del diagnóstico preconcepcivo o prenatal pueden intervenir diversos sujetos, y en la medida en que el comportamiento negligente se puede situar en cualquiera de las fases, incidiendo posteriormente en la emisión del diagnóstico y en su comunicación¹⁹⁴.

Ya hemos hecho referencia a casos de este estilo a lo largo del examen de los comportamientos negligentes, por lo que no es necesario traer aquí de nuevo todos ellos. Baste

¹⁹¹ . Así, según JAKOBS (*op. cit.*, p. 106), el límite de este principio se centra en el supuesto de que el reparto del trabajo pierda su sentido (idea que también sostiene, como hemos dicho, GÓMEZ PAVÓN, *op. cit.*, pp. 348-349); esto es, cuando se pueda apreciar que la otra parte no hace su trabajo o no ha hecho justicia a la confianza de que cumplimentará las exigencias de su rol.

¹⁹² . Así lo estudia el alemán BERGMANN (*op. cit.*, pp. 48 y 64). Entre nuestros autores, ROMEO CASABONA (*El médico...*, p. 76) indica que cuanto menor sea la experiencia de los colaboradores, menos puede invocarse el principio de confianza, pues las circunstancias especiales impiden su aplicación. Igualmente, GARCÍA BLÁZQUEZ y MOLINOS COBO (*op. cit.*, p. 478) indican que existe responsabilidad para el que designa o recomienda a un profesional poco hábil por su falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones propias.

De hecho, el principio de confianza parece tener también una importante carga de negligencia. El profesional que confía en otro profesional sanitario que actúa en el marco de su competencia, actúa diligentemente. Sólo cuando el colega se excede en su competencia o es manifiestamente incompetente puede preverse el error al que lleva su conducta, estableciéndose entonces el parámetro en el comportamiento del profesional sanitario que ha de actuar sobre tal base de verificar la actuación anterior. Por ello, en la falta de instrucción, control, delegación y elección se excluye expresamente el acudir a este principio, ya que se trata de casos de propia asignación de culpa. Por tanto, tampoco funciona en relación a la responsabilidad por hecho ajeno.

Pero a la vez, la existencia de un nexo causal entre el comportamiento del profesional que confía en la actuación de su colega y el daño nos lleva a estudiar aquí este criterio en el marco de la imputación objetiva, a fin de determinar si le son o no imputables los daños al primero.

¹⁹³ . BERGMANN (*op. cit.*, p. 49-50) establece que en la división vertical del trabajo es más estricto el principio de confianza, ya que se trata de casos de propia asignación de culpa. Sin entrar en detalles, MARTÍN BERNAL (*Responsabilidad...*, p. 292) señala que la aplicación de este principio depende de la modalidad de división del trabajo de la que se trate.

¹⁹⁴ . Un ejemplo práctico de la aplicación del principio de confianza podría haberse encontrado en el caso Perruche, en la medida en que el diagnóstico erróneo del médico demandado se apoyaba en los resultados del laboratorio que llevó a cabo los análisis para detectar la rubéola de la madre. Ahora bien, este principio no protegería al profesional sanitario si se tiene en cuenta que la madre presentaba síntomas externos de sufrir tal enfermedad, por lo que había base para destruir la confianza. De todas formas, este principio no fue invocado.

decir ahora que, conforme a este principio, cada uno de los sucesivos actuantes no responderá por el daño cuando éste provenga de un comportamiento anterior o paralelo al suyo, necesario para la elaboración del diagnóstico, en el cual podía confiar (con las restricciones estudiadas respecto de la aplicación del mismo). De esta forma, el falso diagnóstico y los daños sucesivos no le serán imputables.

2.1.3.4. El incremento del riesgo (*Risikoerhöhung*)

1. Conforme a este criterio, se ha de negar la imputación objetiva del daño cuando la conducta del agente en un evento dañoso concreto no ha sobrepasado los límites del riesgo que es considerado tolerable por el ordenamiento¹⁹⁵. Se considera que si un riesgo es aceptado en general, no se ve por qué ha de responder aquél que lo realiza por los daños que son consecuencia del mismo¹⁹⁶.

Para negar la imputación, por tanto, hay que afirmar que la conducta desarrollada por el agente, comparada con su alternativa diligente, no incrementa el riesgo de que se

¹⁹⁵ . Anteriormente se avanzó parte de esta teoría (aunque sin entrar en ella), al recoger el argumento que se oponía a la afirmación de un nexo causal en estas acciones sobre la base de la conducta alternativa conforme a derecho. De hecho, afirma PANTALEÓN PRIETO («Causalidad...», p. 1590) que «tiene buen sentido especializar el criterio del incremento del riesgo en los supuestos de "conducta alternativa conforme a Derecho"». Posteriormente («Artículo 1902...», p. 1986), estudia directamente el problema de la conducta alternativa conforme a derecho dentro del criterio de incremento del riesgo.

Como dijimos, en estos casos resolvía el autor citado (*Tesis...*, p. 114; «Causalidad...», pp. 1577-1579) sobre la idea de que no se imputa el daño cuando se constata, con probabilidad rayana en la certeza, que se habría igualmente producido un evento sustancialmente idéntico en su naturaleza y forma de acaecimiento al efectivamente producido (lo que se constata cuando la conducta culposa no aumenta el riesgo por encima de lo permitido).

¹⁹⁶ . PANTALEÓN PRIETO («Causalidad...», p. 1577). Parte el autor del hecho de que no toda conducta que crea un riesgo de lesión de bienes jurídicos protegidos puede ser considerada negligente. Socialmente, se acepta la práctica de determinadas actividades más o menos peligrosas, ya que son útiles socialmente o ya que el coste social de las medidas de reducción del riesgo sería grande (ver también al respecto, Díez-PICAZO, *Daños...*, p. 116 o REGLERO CAMPOS, «El nexo...», pp. 300-304).

En el derecho anglosajón, por su parte, el reconocimiento del *tort of negligence* requiere que la conducta del responsable causara un riesgo reconocible para un sujeto razonable en la posición del autor; pero se especifica que este riesgo debe ser irrazonable (PROSSER y KEATON, *op. cit.*, p. 170) o que ha de incrementar el riesgo con respecto de la situación general (KENNEDY y GRUBB, *Principles...*, p. 315). Con ello se encuentra un cierto eco de lo aquí visto.

SALVADOR CODERCH (*op. cit.*, pp. 7-8), sin embargo, une este criterio de imputación objetiva con el del riesgo general de la vida y trata ambos sobre el principio de que el daño que es concreción de conductas arriesgadas socialmente permitidas no es imputable. Para valorar si la conducta está o no socialmente permitida alude el autor a dos teorías, la de Viscusi (se debe atender a la magnitud y probabilidad, costes y beneficios, del riesgo), que es difícil de constatar; y la de Jakobs (son socialmente aceptadas ciertas conductas por tradición o por un consenso en su recepción, lo que no significa que todo lo que sea más o menos habitual esté permitido, pues no es la praxis la que determina el riesgo, sino las normas que determinan la práctica, aunque ésta puede modificarlas; ver JAKOBS, *op. cit.*, p. 104).

produzca el daño en cuestión; ha de probarse que con seguridad o probabilidad no despreciable, el resultado dañoso no se hubiera producido de obrar el dañante diligentemente¹⁹⁷.

2. Trasladada esta formulación al ámbito de las acciones aquí estudiadas hay, pues, que preguntarse si el falso negativo imputable a una conducta negligente del profesional sanitario –pues hay que recordar que estamos examinando la responsabilidad extracontractual subjetiva– incrementó o no el riesgo de que sobrevinieran los daños que finalmente se produjeron y por los cuales se reclama¹⁹⁸.

A este respecto, hay que comenzar señalando que, así como el riesgo derivado de un diagnóstico erróneo producto de un defecto del conocimiento o de los saberes generales de la ciencia o de la técnica puede considerarse como un riesgo tolerado por el cual no habría que responder en caso de que la conducta del profesional sanitario concretase tal riesgo, tal apreciación cambia radicalmente respecto de los errores producto de la propia actividad del profesional sanitario. La negligencia profesional no es un riesgo tolerado. Cuando ésta se suma a la existencia intrínseca a la materia de límites al conocimiento médico, el riesgo de la producción de un falso negativo se incrementa, motivo por el cual es posible afirmar en este ámbito la imputación objetiva del daño derivado de este riesgo incrementado.

3. Tal afirmación se puede realizar, sin duda, respecto de los daños anteriores al nacimiento. La conducta del profesional sanitario incrementa el riesgo de que se emita un falso negativo y, con ello, aumenta el riesgo de que los progenitores se vean privados de la libertad o la facultad que les concede el Ordenamiento, o de que sufran en su esfera interna por una falta de información. Frente a ello, es indudable que un comportamiento diligente habría reducido considerablemente el riesgo de estos daños, pues la probabilidad del falso negativo quedaría sometida únicamente a la existencia de límites técnicos o científicos; esto es, a las probabilidades normales de un error médico.

¹⁹⁷ . Desde otra formulación a la que se refiere PANTALEÓN PRIETO (*Tesis...*, pp. 91-94 y «Causalidad...», p. 1578), que es propia de un sector de la doctrina alemana, para negar la imputación objetiva, «bastaría constatar que existía una *probabilidad no despreciable* de que el resultado, en su concreta forma de acaecimiento, se habría producido también, de haber obrado el procesado diligentemente»; pero esta formulación, que se emplea como argumento en contra de este criterio de imputación objetiva es rechazada por el autor: «si no es seguro, sino sólo posible o probable, que el evento dañoso se hubiera verificado igualmente a consecuencia del riesgo permitido, está claro que la ilícita creación de un riesgo que sobrepasa la medida consentida, ha aumentado la probabilidad de que se verifique el evento dañoso. En consecuencia, si el evento se ha verificado, puede afirmarse *sine dubio* que el mismo es realización (también) del mayor riesgo ilícitamente creado».

¹⁹⁸ . Para tal operación, según SEUBA TORREBLANCA («Sentencia...», p. 738) se deberá valorar en el caso concreto «si existían medios alternativos o no, si el riesgo que se afrontaba era grave o más bien leve y si se trataba de una intervención voluntaria, necesaria o urgente».

4. La pregunta es si este incremento del riesgo de la emisión de un falso negativo permite también la imputación objetiva de los daños posteriores al nacimiento. Ciertamente, si se plantea en este contexto un comportamiento diligente, el riesgo de un diagnóstico erróneo disminuye y, con ello, aumenta la posibilidad de que los progenitores conozcan del mal o defecto del niño anteriormente al plazo relevante para adoptar una decisión sobre la concepción futura o sobre la interrupción del embarazo.

Ahora bien, aunque hay que admitir que no se trata de una cuestión que quede fuera de polémica, se puede afirmar que el hecho de que aumente esta posibilidad de conocimiento por los progenitores no determina necesariamente que aumente por igual la posibilidad de que no se produzcan los daños aparejados al nacimiento. En primer lugar, no ha de olvidarse que sigue existiendo la posibilidad de un error médico que impida conocer a los progenitores la existencia de un mal o defecto. Pero, lo que es más importante, en segundo lugar, este aumento de la posibilidad de que los progenitores conozcan del verdadero estado del *nasciturus* o del *concepturus* no aumenta necesariamente la posibilidad de que decidan no concebir o interrumpir el embarazo.

En esta última afirmación es donde puede residir la duda respecto de esta argumentación, pero, para resolverla en el sentido aquí propuesto, hay que tener en cuenta que afirmar lo contrario supondría aceptar que es más probable optar por la no concepción o por la interrupción del embarazo que la opción contraria (pues sólo en tal caso se podría considerar que el incremento del riesgo que conlleva el comportamiento del profesional sanitario hubiera producido un correspondiente incremento del riesgo de los daños posteriores al nacimiento). Sin embargo, dado que tanto la decisión sobre la concepción futura, como la decisión sobre la interrupción del embarazo son decisiones muy personales de sus titulares en las que intervienen factores de muy diversa índole –y entre los que el estado de salud del futuro descendiente puede no ser considerado, necesariamente, como el más relevante–, no se puede afirmar en general que se produzca el efecto indicado.

Por tanto, en realidad, no se puede saber de forma general si el comportamiento negligente incrementa el riesgo de los daños posteriores al nacimiento, frente a un comportamiento diligente, pues este riesgo deriva de un conjunto de factores, subjetivos y personales, que *a priori* no se pueden conocer ni graduar, ya que dependen de la persona que se plantee la decisión y, por tanto, de cada caso concreto. Aunque, como ya se ha dicho, no se

trata de una cuestión indubitada, el criterio del incremento del riesgo parece fallar como posible criterio de responsabilidad.

5. De todas formas, no hay que descartar la posibilidad de que esta afirmación general se pueda contradecir en el caso concreto. De hecho, si a través de hechos, declaraciones o indicios se logra acreditar que los progenitores concretos que plantean la demanda por *wrongful birth* habrían optado por interrumpir el embarazo de haber conocido la información relevante (pues su decisión se hubiera basado en tal información), se podrá afirmar en tal caso que la conducta negligente del profesional sanitario incrementó el riesgo de la producción de los daños posteriores al nacimiento, ya que en el caso concreto la indeterminación inicial habría quedado concretada en tal sentido.

6. Por tanto, salvo que se acredite en el caso concreto el incremento efectivo del riesgo generado por la conducta negligente del profesional sanitario, se deberá negar la reclamación por los daños producidos por eventos posteriores al nacimiento, esto es, no sólo los daños en general por *wrongful life* (que ya fueron negados conforme al criterio del fin de protección de la norma), sino también los daños de rebote propios de las demandas de *wrongful birth*. La única partida indemnizable sería la correspondiente a la privación de la decisión de procreación o de interrupción del embarazo y el daño moral por la falta de preparación psicológica (si es que se admiten estos últimos como daños morales).

Ante la contradicción que esto supone con respecto de la aplicación del criterio del fin de protección de la norma en el caso de las acciones de *wrongful birth*, la cuestión es cuál es la solución que se ha de dar a este problema.

A este respecto, parece adecuado optar por la preferencia del criterio de imputación objetiva que se contempla ahora, como más específico en el supuesto en cuestión. Que dentro del fin de la norma vulnerada se incluyan unos determinados daños no puede ser suficiente para imputar la responsabilidad, si en el caso concreto la conducta que produce tales daños no incrementa el riesgo de los mismos.

Por tanto, aunque el comportamiento negligente del profesional sanitario se puede enlazar causalmente con los daños posteriores al nacimiento —daños que forman parte de aquéllos de los que buscaba prevenir la norma infringida por la conducta negligente—, no se puede afirmar que dicha conducta haya incrementado el riesgo de que se produzcan estos daños en concreto (salvo que así se acredite para el caso concreto), pues éstos dependen de

un conjunto de factores de los que el aquí implicado (la salud del futuro descendiente), es sólo una parte. En general, no son, pues, daños imputables objetivamente al comportamiento del profesional sanitario.

2.2. La imputación objetiva en la responsabilidad contractual

2.2.1. Criterio de imputación objetiva contractual

1. En el ámbito de la responsabilidad contractual, que —ante las graves dudas respecto del establecimiento de un vínculo contractual que una al profesional sanitario y al protagonista de las acciones de *wrongful life*— ha de restringirse en su examen a las acciones de *wrongful birth*, no hay duda de que en el contexto de la prestación sanitaria pactada se incluye la información sobre el estado de salud del *nasciturus* o de los riesgos que amenazan al *concepturus*. Esto es así, bien porque tal haya sido precisamente la prestación acordada (en el supuesto de diagnóstico directo preconceptico, preimplantatorio o prenatal), bien porque la obligación de información sobre estos extremos haya de entenderse que deriva de la prestación pactada, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1258 Cc (en el caso de los diagnósticos indirectos).

En cualquiera de los casos, el falso negativo se produce en el marco de la prestación acordada y dentro de los intereses regulados por el contrato, motivo por el cual los daños que deriven de ello serán daños reclamables por la vía contractual.

2. Sobre este punto de partida, la cuestión que ha de resolverse es si el profesional sanitario ha de asumir todos estos daños o si algunos de ellos no le son imputables¹⁹⁹. Una vez comprobado que tales daños derivan de su propio comportamiento negligente, de los riesgos que expresamente asumiera en el contrato o de los que, en defecto de pacto, se hayan de entender atribuidos al profesional sanitario —para lo cual ha de recordarse la distinción entre los contratos de arrendamiento de servicios y los de obra—, la limitación de los daños que se produzcan en el curso causal derivado de estas fuentes se ha de establecer de

¹⁹⁹ . Aunque no es frecuente que los estudiosos de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* se ocupen de esta cuestión, sí lo hace el alemán OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 103), que afirma que en materia de imputación objetiva lo que ha de resolverse es si los costes que genera el nacimiento de un niño no deseado entran o no dentro del ámbito de protección del deber médico incumplido.

acuerdo con el artículo 1107 Cc²⁰⁰, artículo que responde a la lógica de los intereses en juego en la responsabilidad contractual –motivo por el que no tiene sentido aplicarlo de igual forma como vía de limitación de la responsabilidad extracontractual–²⁰¹, limitando el ámbito de los daños relacionados causalmente de los que ha de responder el deudor.

Éste distingue, a la hora de imputar la responsabilidad por el daño producido en el ámbito del contrato, entre el deudor de buena fe (al cual añade la interpretación objetivadora de la responsabilidad contractual al deudor que responde sin culpa²⁰²) y el deudor doloso. Veamos cómo actúa tal limitación en el ámbito de las acciones aquí estudiadas:

²⁰⁰ . Como señala MIQUEL GONZÁLEZ, este precepto responde a un principio de lógica contractual y de asignación de riesgos en el momento de contratar, con traducción en los costes que cada parte asume, que lo hace inadecuado para su aplicación analógica a la responsabilidad extracontractual («La responsabilidad...», pp. 67-69). De estas palabras se deduce con claridad que lo que regula el mencionado precepto es qué daños han de ser asumidos por cada parte contractual, limitando con ello la imputación objetiva de la responsabilidad allí donde el daño no sea producto de un riesgo asumido por el contratante deudor.

Así lo indica expresamente PANTALEÓN PRIETO («El sistema...», p. 1026): «la regla de proposición primera del artículo 1107.I Cc no es sino la manifestación típica, en el campo de la responsabilidad contractual, del criterio de imputación objetiva del “fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad”, de una vez se acepta que dicha norma fundamentadora es el *contrato mismo*, ley entre las partes» (idea que se recoge en el extranjero, como demuestran las palabras de FISCHER y LILIE, *op. cit.*, p. 15, que citan el artículo 1107 como ejemplo de imputación objetiva en España). El mencionado precepto responde, según el autor, a la asunción de riesgos por el deudor, lo que impide que se pueda aplicar el artículo 1107 a la responsabilidad extracontractual, ya que en ésta el juicio de previsibilidad tendría que ser el de la producción del daño, pero es el daño precisamente aquello de cuya previsibilidad se trata (p. 1031).

²⁰¹ . Frente a esta opinión, refrendada por la doctrina anteriormente aludida, DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Tratado...*, pp. 809-810; «Artículo 1902...», p. 437), CUEVILLAS MATOZZI (*op. cit.*, pp. 343-344) e YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema...*, p. 249) afirman la aplicación de dicho precepto al ámbito no obligacional. Parte el último autor, en concreto, de que, de no ser así, sería indiferente el comportamiento doloso o culposo del agente, conclusión que no parece aceptar.

Sin embargo, esta indiferencia es la conclusión lógica, si se considera que la responsabilidad civil carece de finalidad sancionatoria y que el concepto de negligencia es objetivo. En este sentido, dice Díez-Picazo (*Daños...*, pp. 46-47): «las normas sobre responsabilidad civil no pueden llegar más allá del alcance económico del daño efectivamente producido» y que «el daño se indemniza a quien lo sufre y en la medida en que lo sufre». Posteriormente indica expresamente, como ya se dijo, que en la responsabilidad extracontractual no presenta interés la diferencia entre los diversos grados de culpa o dolo: «el resarcimiento integral del daño se produce cualquiera que sea la forma de culpabilidad que haya concurrido».

²⁰² . PANTALEÓN PRIETO («El sistema...», pp. 1025-1026). Esta idea se recoge de forma distinta por los autores, pues CARRASCO PERERA («Artículo 1107...», p. 724) se refiere al deudor que asumió el caso fortuito y al que responde *ex lege*. En contra de ello, los autores que no parten de la responsabilidad contractual por culpa, afirman que en el artículo 1107 p.1 se engloba al deudor negligente de obligaciones de actividad y al de obligaciones de resultado que no consiga demostrar que este resultado no se alcanza por fuerza mayor o causa ajena; en cambio los casos de asunción expresa de un riesgo quedan sometidos a los términos de la ley específica o del convenio (CUEVILLAS MATOZZI, *op. cit.*, p. 337 e YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, pp. 247-248).

Por su parte, Díez-Picazo y GULLÓN (*Sistema II...*, p. 199) indican que es paradójico denominar de «buena fe» al deudor que responde conforme a este precepto, pues tal deudor es el que se comporta correcta, honesta y diligentemente. La idea la desarrolla en solitario Díez-Picazo (*Fundamentos II...*, pp. 587-588), incidiendo en que la referencia del mencionado precepto es una muestra de que los deudores no culposos pueden también responder (lo que le sirve de apoyo a su interpretación de la responsabilidad contractual en clave objetiva).

2.2.2. El deudor de buena fe

1. Este caso se ha de remitir en las acciones de *wrongful birth* al supuesto de que el falso diagnóstico le sea imputable a la actuación negligente del profesional sanitario, a un riesgo asumido expresamente por el mismo o derivado del reparto de riesgos contractual (en el caso del contrato de obra en que no se haya pactado en contra de la asunción del riesgo del daño producto de caso fortuito). En cualquiera de estas circunstancias, según el artículo 1107 p.1, el profesional sólo deberá responder de los daños «previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento»²⁰³.

2. Por un lado, los daños previstos son aquéllos que expresamente hayan sido acordados por las partes, de manera que hayan sido asumidos por el deudor²⁰⁴. Por el contrario, los daños cuyo riesgo hubiera sido asumido por el acreedor no le serán imputables al profesional sanitario (criterio que se corresponde al de la asunción de riesgos que se ha contemplado para la responsabilidad extracontractual). Para ello deberá interpretarse la voluntad de las partes manifestada en el contrato, a fin de comprobar cuál fue el reparto de riesgos efectuado entre ellos²⁰⁵.

²⁰³ . Conforme a PANTALEÓN PRIETO («El sistema...», pp. 1026-1032), esta previsión legal tiene una explicación económica: «la decisión de celebrar un contrato [...] descansa en un cálculo de costes-beneficios, más o menos conscientes, de cada una de las partes contratantes, siendo uno de los costes a tener en cuenta el relativo al riesgo de que se produzcan una serie de daños a consecuencia de un eventual incumplimiento. No tendría buen sentido que el contratante que resulta incumplidor debiera responder de aquellos resultados dañosos que, ni contempló como posibles en el momento de celebrar el contrato, ni una persona razonable, al tiempo de contratar, y contando, en su caso, con los especiales conocimientos de aquél, habría previsto que podrían producirse a consecuencia de tal incumplimiento».

Para imputar la responsabilidad, no obstante, requiere el autor, además de esa previsibilidad, «que la información sobre las circunstancias especiales le haya sido proporcionada precisamente por la otra parte, y de tal modo que personas razonables del mismo sector del tráfico, situadas en el lugar de los contratantes, hubiesen considerado asumido, salvo inmediata protesta, el correspondiente riesgo de daños».

²⁰⁴ . Como señala PANTALEÓN PRIETO, al hablar de «previsibilidad» ha de entenderse la previsibilidad de «causas» de daño; esto es, tipos o clases de eventos dañosos, con independencia de que en su concreción alcancen una mayor o menor cuantía («El sistema...», p. 1038). De hecho, si dicha cuantía resulta excesiva, ya se vio que deberá aplicarse el artículo 1103 Cc para que modere el tribunal la indemnización debida.

Del mismo modo, en el derecho anglosajón, cuando se plantea la cuestión de la previsibilidad del daño en general como criterio de limitación de la relación de causalidad fáctica, señalan tanto MARKESINIS y DEAKIN (*op. cit.*, p. 75), como PROSSER y KEATON (*op. cit.*, p. 299) que el daño previsible es únicamente la categoría general de los eventos o daños, y no su naturaleza precisa.

²⁰⁵ . Este pacto entre las partes es importante de cara a la imputación de daños que, de lo contrario, quedarían fuera de la responsabilidad contractual. En concreto, en aquellos sistemas en que no se contempla el aborto embriopático, es posible que se pacte la realización de un contrato de diagnóstico prenatal para la detección de los males o defectos del niño. Aunque de tal resultado no se pudiera derivar una interrupción del embarazo,

3. Mayor problema ofrecen los daños previsibles, pues se trata de determinar si en el momento de celebrar la prestación se había de entender asumido el riesgo por los daños que aquí se reclaman, de acuerdo con un criterio hermenéutico respecto de la finalidad perseguida a través del contrato celebrado²⁰⁶. Es fundamental a este respecto delimitar cuál es la prestación pactada por las partes, pues habrá que excluir de los daños previsibles los que fueran consecuencia de riesgos ajenos a tal prestación (y, a la inversa, se deberán incluir como daños previsibles los que deriven de la prestación acordada)²⁰⁷.

La primera observación que ha de hacerse al respecto es que, a falta de pacto, cuando el contrato celebrado sea un arrendamiento de servicios, ha de entenderse que sólo se han asumido los daños procedentes de una actuación negligente. Por tanto, los casos de falsos negativos producidos por causas distintas a una *mala praxis* no son imputables contractualmente al deudor de buena fe, salvo que se trate de un contrato de obra, como los que ya se mencionaron en relación a la práctica de pruebas médicas, en los que se ha de considerar asumido el riesgo de los daños aparejados al fracaso de su resultado cuando éste se garantiza (salvo que en el caso concreto se pacte otra cosa).

En segundo lugar, para determinar lo que era o no previsible parece adecuado distinguir según si el contrato celebrado era un supuesto de diagnóstico preconceptivo, preimplantatorio o prenatal, o si era un supuesto de diagnóstico indirecto.

le serán imputables al médico los daños derivados en este ámbito, pues han sido asumidos por él. Ahora bien, entre estos daños no podrán incluirse los típicos de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* (ya se indicó que no eran verdaderos casos de este tipo), pues no se privó de la posibilidad de abortar.

²⁰⁶. Como señala CARRASCO PERERA («Artículo 1107...», p. 740), la previsibilidad se determina al día de constituirse la obligación, pues se entiende que el deudor al contratar asume unos determinados riesgos para el caso de la inejecución y se obliga a indemnizarlos.

²⁰⁷. En este sentido, es común entre la jurisprudencia alemana, como señalan FISCHER y LILIE (*op. cit.*, p. 31), y la americana, como indica GIESEN (*International...*, p. 246), distinguir el ámbito de protección del contrato según si el interés contemplado era la evitación de la carga del niño o se trataba de la protección de otros intereses de la madre, como la salud, y limitar la indemnización a los daños que buscaba evitar la intervención. De esta misma forma, indica OSTHEIDE (*op. cit.*, p. 110) que lo decisivo es si los padres se han sometido a consejo médico para constatar una posible lesión prenatal del niño futuro y, en caso de comprobar tal temor, terminar con el embarazo para protegerse de los gastos de mantenimiento de un niño discapacitado. En tal caso, habrá que considerar que estos daños habían sido previstos y que debe responder de ellos el deudor.

En cambio, DEUTSCH (*Arztrecht...*, p. 131) se muestra contrario a tal opinión y sostiene que aunque el contrato contemplara la protección de la salud de la madre, se han de considerar incluidos en el ámbito de protección de la norma los gastos del niño derivados de una realización negligente de la intervención [se refiere en concreto a una esterilización]. Igualmente, STRASSER (*op. cit.*, p. 201) señala que el que los tribunales acepten este criterio, únicamente llevará a que toda familia declare la existencia de motivos económicos. Por ello los motivos originarios para acudir a la intervención no deben ser determinantes en este ámbito.

- En el caso del diagnóstico directo, parece claro que en el ámbito de los daños previsibles se integran los que deriven de un falso negativo, pues se integran en el ámbito de los intereses que entran en juego en este tipo de prestaciones médicas. Entre éstos, sin duda, se han de contar los daños producidos con anterioridad al nacimiento, pues derivan directamente de la privación de información que tal falso negativo lleva aparejado.

Ahora bien, los daños posteriores parecen ser otra cuestión. Cuando se trata de un diagnóstico preconcepcivo o preimplantatorio, no sólo hay que tener en cuenta que resulta difícil de prever el sentido de la decisión de los progenitores (en tanto que se encuentra condicionada por un amplio número de factores), sino principalmente, se ha de considerar que la finalidad del contrato celebrado no es tanto evitar la concepción de un niño enfermo, como proporcionar a los progenitores la información que les permita adoptar una decisión libre. Por eso no se han de entender incluidos como «previsibles» en estos casos los daños posteriores al nacimiento.

Frente a este rechazo, cuando se trata de un diagnóstico prenatal, la imputación de la responsabilidad se deberá hacer depender también de la consideración de que se hubiese integrado o no en el contrato el deseo de la mujer de proceder a un aborto en caso de que se comprobase un estado enfermo del niño. Sólo en la medida en que la idea de la interrupción del embarazo se hubiera hecho formar parte de la prestación pactada podrían considerarse previsibles los daños aparejados al nacimiento del niño. De lo contrario, incluir tales daños entre los previsibles sería excesiva y supondría, en cierto modo, introducir la idea de que todo diagnóstico prenatal se practica con la intención de poner fin a la vida del *nasciturus* una vez constatado su estado enfermo (cuando, en realidad, la intención general es proporcionar información a los progenitores y controlar el desarrollo del embarazo).

Es cierto que, desde un punto de vista fáctico, también son previsibles los daños posteriores al nacimiento cuando se trata de un diagnóstico prenatal (es previsible que la información que priva de la posibilidad de decidir sobre la interrupción del embarazo derive en la continuación de éste hasta el nacimiento y, con ello, la llegada a la vida del niño con los daños que ello acarrea). Pero situados en la posición de un profesional sanitario que se compromete a desarrollar un diagnóstico prenatal del cual se desconoce si llevará o no a la detección de males o defectos del niño, las consecuencias derivadas de una privación de información son en cierto modo excesivas.

Sin embargo, no sólo se trata de que empíricamente haya de negarse que el profesional sanitario pudiera prever este tipo de daños; se trata, más bien, de que el contrato que se celebró no tenía como finalidad evitarlos (salvo que expresamente se incluya tal finalidad, como se ha dicho). La prestación de diagnóstico en fase prenatal tiene como fin proporcionar a la mujer una información sobre la cual pueda autodeterminar su conducta y decidir si asumir o no la carga que conlleva el nacimiento de un niño discapacitado, no evitar el daño que pueda derivarse de tal nacimiento.

- En el caso del diagnóstico preconceptivo o prenatal indirecto, la previsibilidad del daño, aunque complicada, puede llegar a afirmarse hasta los daños anteriores al nacimiento, si bien forzando en cierto sentido la interpretación. El profesional que se compromete a realizar una prestación sanitaria asume en general la obligación de información sobre la citada prestación, obligación en cuyo contenido se incluyen los efectos de los males o enfermedades del paciente. Por ello, en el ámbito del contrato puede entenderse incluido el interés del paciente sobre tal información; interés que radica en la posibilidad de decidir libremente en consecuencia con la misma (lo que lleva en estos casos a los daños relativos a la privación de la facultad de aborto o de la libertad de procreación, así como el daño moral por la falta de preparación psicológica).

Más complicado es entender también previsibles los daños derivados de los eventos posteriores al nacimiento, desde el momento en que se trata de una prestación que no se relaciona directamente con la procreación futura, motivo por el cual no es fácil entender este tipo de daños dentro de los «previsibles» en el contexto de ese tipo de prestaciones sanitarias. Aunque desde un punto de vista empírico es improbable que el profesional sanitario ponderase tales daños en el momento de contratar, y no es razonable pensar que el profesional que se compromete a realizar cualquier prestación sanitaria prevea y asuma los daños derivados del nacimiento de un niño discapacitado, lo principal en estos casos para negar la imputación objetiva del profesional contratante es que se trata de daños cuya previsión no entraba en el ámbito de los intereses regulados por el contrato. Éstos se centraban en el desarrollo de una prestación sanitaria ajena a la procreación, por lo que difícilmente se podían considerar integrados los intereses relativos a la evitación de la carga de un niño enfermo o discapacitado.

4. Por tanto, cuando se trate de un deudor de buena fe se podrá afirmar la imputación objetiva de los daños anteriores al nacimiento, pero no de los posteriores, pues, salvo que así se haya asumido expresamente, no se trata de daños que se contemplen en el fin del contrato celebrado entre el profesional sanitario y los progenitores. Esto supone restringir la reclamación contractual de los daños por *wrongful birth* a los daños producidos por eventos anteriores al nacimiento y condicionar la reclamación de los daños posteriores a la efectiva integración en el caso concreto de estos intereses en el ámbito contractual.

2.2.3. El deudor doloso

1. Cuando el falso diagnóstico sea imputable a un comportamiento doloso del profesional sanitario (supuestos extremos, pero, como vimos, posibles en teoría, en el caso de ocultación o falseamiento del diagnóstico²⁰⁸), de acuerdo con el artículo 1107 Cc, éste deberá responder por todos los daños que «conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación»²⁰⁹.

Aplicando las reglas de causalidad que anteriormente se han elaborado, esto debería llevar a la imputación de todos los daños derivados del falso negativo, tanto anteriores, como posteriores al nacimiento. Por tanto, el profesional sanitario doloso respondería tanto por la privación de la facultad de aborto o de la libertad de procreación, como por el daño moral por falta de preparación de los progenitores para el nacimiento de un niño enfermo,

²⁰⁸ . De todas formas, hay que tener en cuenta la diferencia entre el dolo extracontractual y el dolo contractual. Como señala CARRASCO PERERA («Artículo 1107...», p. 750), el dolo como propósito malicioso es el propio de la responsabilidad extracontractual. En la responsabilidad contractual el dolo es una voluntad de incumplir, fundada en razones estratégicas de la economía del propio deudor, al que le resulta más barato que cumplir; opinión que también sostiene Díez-PICAZO (*Fundamentos II...*, p. 612), cuando interpreta el dolo contractual no sólo como la voluntad de no cumplir, sino como cualquier supuesto en que el deudor es consciente de que su comportamiento provoca o puede provocar un daño y no adopta las medidas necesarias exigidas por la buena fe para evitarlo (igualmente, entre otros, GONZÁLEZ MORÁN, *op. cit.*, pp. 68-69).

Por tanto, no sólo se han de considerar como dolosos los supuestos analizados en relación a la privación de información por motivos de conciencia del profesional, sino todos aquellos otros en que el incumplimiento contractual o la ejecución defectuosa que produzca el daño responda a una decisión consciente del deudor.

²⁰⁹ . PANTALEÓN PRIETO («El sistema...», pp. 1032-1037) logra justificar esta imputación del daño de manera alejada de la idea de punición: cuando se trata de un incumplimiento doloso, el deudor se plantea un segundo cálculo de costes-beneficios, relativo a la decisión de incumplir. Si en este cálculo se integrase el criterio de previsibilidad, se permitiría al futuro incumplidor que estimara como coste la misma cuantía indemnizatoria que utilizó cuando llevó a cabo el primer cálculo (al momento de contratar), lo que no tendría sentido, pues si es menor que la que se prevé en el momento del segundo cálculo —y, a la vez, los beneficios esperados se sitúan entre la cuantía del primer cálculo y la del segundo—, se producirá el incumplimiento doloso, aunque sea ineficiente (salvo que el acreedor lo evite, pagando al deudor una suma igual al beneficio que le reportaría a éste incumplir). Este sistema lleva a que sólo se aplique a los daños dolosos en sentido estricto (p. 1034).

como, finalmente, por el daño de rebote, patrimonial y moral, derivado de la condición enferma del niño.

2. PANTALEÓN PRIETO, no obstante, realiza una puntualización: la responsabilidad del deudor doloso se ha de entender limitada por los criterios generales de imputación objetiva²¹⁰. Cita en concreto el de riesgo general de la vida, la prohibición de regreso, la provocación, el incremento del riesgo o la adecuación (a los que se han de añadir los ya vistos de la asunción del riesgo y el fin de protección de la norma)²¹¹. Ahora bien, como subraya OSTHEIDE, tales criterios de imputación objetiva únicamente podrán incidir en el ámbito contractual cuando no lleven consigo un reparto de riesgos contrario al establecido expresamente por las partes²¹².

3. La aplicación de estos criterios de imputación objetiva al ámbito de la responsabilidad contractual deberá matizar lo dicho respecto de los daños que se han de entender asumidos por el deudor contractual doloso. Por ello, en general, se habrá de negar básicamente la responsabilidad contractual por los daños que tengan su origen en eventos posteriores al nacimiento, como se deduce del criterio de incremento del riesgo (conforme ya se vio). Tal afirmación, no obstante, no sólo se podrá alterar cuando a través de presunciones se logre probar un incremento del riesgo respecto de los daños posteriores al nacimiento; sino que también se exceptuará cuando se deduzca otra cosa del contrato y de la integración del mismo por la voluntad de las partes.

De todas formas, hay que advertir de que la aplicación de esta doctrina produce en la práctica unos resultados similares en materia de imputación de daños a los deudores do-

²¹⁰ . «El sistema...», pp. 1036-1037. Sobre el 1107 p.2 Cc señala el autor que se trata de una regla sin parangón en el derecho comparado («El sistema...», p. 1088). De hecho, su interpretación literal es rechazable, por lo que él propone dos interpretaciones correctoras: que los daños atribuibles al deudor de buena fe son los intrínsecos y los del deudor de mala fe, los que sean consecuencia inmediata y directa (en el sentido del 1151 del *Code civil* francés y 1223 del *Codice civile* italiano); o limitar la indemnización del deudor doloso a los objetivamente imputables (pp. 1073-1091, en especial, p. 1090).

²¹¹ . HARRER (*op. cit.*, pp. 103-104) establece expresamente la aplicación del fin de protección de la norma dentro del ámbito del contrato («der Schädiger haftet nur, wenn der betreffende Vertrag im Einzelfall auf den Schutz der verletzten Interessen gerichtet ist»). Se trata de identificar los intereses protegidos por el contrato y ver si el daño se ha producido en lesión de tales intereses. Tal operación es la que, como se dijo inicialmente, define y delimita el daño contractual frente al extracontractual.

Por otra parte, hablar del principio de confianza como criterio de exoneración de la imputación objetiva en estos casos carece de relevancia, puesto que tal criterio excluye la responsabilidad cuando se trata de un error que deriva de la actuación de otro profesional. Cuando se plantea un comportamiento doloso, no es éste el caso. Por ello, el juego del principio de confianza como exonerador de responsabilidad se deberá dejar para el caso del deudor de buena fe y el deudor sin culpa (a los que también se les aplicarán los criterios mencionados por PANTALEÓN PRIETO y los otros dos aquí recogidos).

losos y a los de buena fe, que parece ser contraria a la intención del artículo 1107 Cc (ambos responden por los daños anteriores al nacimiento, pero no los posteriores, salvo en ciertos casos concretos). Pese a ello, salvo que esta interpretación se rechace y se considere que ha de primar sobre el criterio jurídico de imputación objetiva de los daños la amplitud a la que parece conducir el criterio—también jurídico— enunciado por el artículo 1107 p.2 Cc (para el caso específico del deudor doloso), parece la interpretación más coherente del citado precepto en relación con la figura de la responsabilidad civil (que únicamente atribuye la carga de la indemnización al agente cuando se le pueda imputar el daño).

2.3. La imputación objetiva en la responsabilidad objetiva

1. En el marco de una responsabilidad objetiva, la imputación de responsabilidad se realiza sobre la base de la concreción del riesgo de la actividad respecto de la que se establece este sistema. Esto determina que, en general, se hayan de tener en cuenta únicamente como criterios de exoneración de responsabilidad los que inciden en el nexo causal (a los que ya hicimos referencia)²¹³.

2. De hecho, es escaso el interés que ha suscitado la cuestión de la aplicación de los criterios de imputación objetiva en sede de responsabilidad objetiva. Existe únicamente alguna que otra afirmación sobre el tema, tímida y parcial²¹⁴. En principio, la imputación de la responsabilidad se realiza sobre la constatación del presupuesto de hecho de estos sistemas, una vez afirmada la relación de causalidad entre el evento producido dentro de la actividad sobre la que se proclama la responsabilidad objetiva y el daño.

Sobre esta base, sin embargo, la cuestión es determinar si los criterios de imputación objetiva anteriormente analizados pueden ser aplicables a este ámbito. La posibilidad de tener en cuenta algunos de los anteriormente señalados no ha de quedar, *a priori*, descarta-

²¹² . *Op. cit.*, p. 113. En relación a tal alteración se refiere en concreto el autor al riesgo general de la vida.

²¹³ . Por todos, ROCA TRÍAS hace referencia a la culpa de la víctima y a la fuerza mayor (*Derecho...*, p. 211). A ello se ha de añadir, como se indicó, el hecho de tercero (en tanto que evento extraño a la actividad).

²¹⁴ . En este sentido, ha de destacarse lo que sostiene SALVADOR CODERCH (*op. cit.*, p. 9): «los únicos modos de eliminar la responsabilidad de las Administraciones públicas son negar la existencia del vínculo causal o afirmar que la víctima lo fue de la concreción de un riesgo general de la vida, es decir, de un daño que debía soportar—sufrir o tolerar— [...], pese a que éste hubiera sido causado por la actuación de la Administración» [la cursiva es nuestra].

da, en la medida en que se puedan coordinar con el sistema de responsabilidad establecido y la *ratio* de la norma en cuestión²¹⁵.

3. Para establecer cómo se aplica la imputación objetiva al ámbito de los sistemas de responsabilidad objetiva involucrados en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, no es necesario diferenciar en general entre el sistema de responsabilidad objetiva de la LGCDU y el de la responsabilidad administrativa, pues básicamente el problema que se plantea surge de la responsabilidad objetiva en sí. Por ello, sin perjuicio de que se hayan de notar las diferencias entre ambos regímenes allí donde el diverso sistema de responsabilidad las introduzca, se puede estudiar la cuestión de forma conjunta.

4. Lo que sí se ha de diferenciar es entre cada uno de estos criterios, pues es necesario constatar de forma individual si el motivo preponderante a partir del cual se produce la imputación objetiva de la responsabilidad al sujeto responsable puede o no ser apreciado cuando se parte de una responsabilidad objetiva:

- Por lo que respecta a la teoría de la causalidad adecuada, no plantea problemas en su aplicación y, de hecho, ha sido aplicada frecuentemente por los tribunales administrativos²¹⁶. De todas formas, en este ámbito sería más adecuado interpretarla en su matiz objetivo (se imputará la responsabilidad al comportamiento en cuestión si, para un observador imparcial a cuya disposición se encuentre el conocimiento del evento, el daño aparece como causado directa e inmediatamente por el comportamiento del actor, conforme a un curso normal de los acontecimientos) y no con la interpretación subjetiva anteriormente aplicada.

No obstante, tal cambio no altera los resultados a los que se llegó en la aplicación de esta norma respecto de la responsabilidad extracontractual, puesto que en todo caso se sigue estableciendo el límite a la imputación objetiva únicamente en los cursos causales total-

²¹⁵ . CUEVILLAS MATOZZI (*op. cit.*, p. 353) señala, en cambio, que la exoneración de responsabilidad en estos casos es muy limitada y se reduce a «cuando expresamente se establezcan legislativamente los casos en que la causalidad se interrumpa y genere la limitación o exclusión de la responsabilidad de la persona que ha realizado la actividad causante del perjuicio por su riesgo o peligrosidad».

Ahora bien, hay que tener en cuenta que tal autor no acepta la aplicación de los criterios de imputación objetiva en general a la responsabilidad, por lo que dicha afirmación no se ha de considerar como una negación expresa de su aplicación a este ámbito, sino simplemente coherente con el sistema de responsabilidad que él plantea. Dado que aquí se baraja otro, se puede plantear junto con la causalidad material o fáctica si también interviene en este ámbito la jurídica.

²¹⁶ . Así, afirman GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (*op. cit.*..., p. 406), «la jurisprudencia ha optado resueltamente en la imputación a la Administración por el criterio de la "causalidad adecuada"».

mente inseguros. El criterio se aplica, pues, con la misma amplitud que aconsejaba ya en la responsabilidad extracontractual una restricción.

- En relación al fin de protección de la norma, no parece haber motivos para negar su aplicación a este campo. Desde el momento en que se trata de excluir los daños que caigan fuera de la norma sobre la que se pretenda imputar la responsabilidad al demandado, es un criterio que se corresponde también con un sistema de responsabilidad objetiva. Por este motivo, se habrá de aplicar aquí lo que se indicó respecto de la aplicación de este criterio a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*, de manera que quedará excluida la posibilidad de reclamar responsabilidad por estas últimas.

- Tampoco debería plantear muchas dudas la aplicación del criterio del riesgo general de la vida, pues no se ve el motivo por el cual se haya de beneficiar al sujeto que sufre este tipo de daños en el marco de lo previsto por la normativa especial de responsabilidad objetiva, frente a otro tipo de víctimas. La garantía del servicio o de la actividad administrativa no llega a asumir este tipo de daños²¹⁷.

- Igualmente, deberá considerarse que se habrá de negar la imputación objetiva de la responsabilidad cuando el daño fuera asumido por el paciente en el marco de la prestación sanitaria, ya que en estos casos altera el reparto de riesgos establecido por la norma que establece la responsabilidad objetiva²¹⁸.

- Mayores dificultades ofrece el criterio de la protección de la confianza, pues es necesario distinguir en este caso entre el régimen de responsabilidad objetiva de la LGCDU y el régimen de la responsabilidad administrativa. Por lo que respecta al primer supuesto, hay que señalar que la finalidad de este criterio de imputación objetiva (el favorecimiento de la actividad sanitaria) tiene también sentido en los supuestos en que se lleve a cabo tal actividad en el marco de una responsabilidad objetiva. En estos casos hay que tener en cuenta que el criterio en cuestión no se apoya tanto en la consideración de que el profesional sanitario que confía en la actuación de un colega actúe diligente o negligentemente, sino en que

²¹⁷ . De hecho, en el ámbito de la responsabilidad administrativa ya se hizo referencia en su momento a un grupo de autores que subrayaban como presupuesto de la misma que el administrado no tuviera deber de soportar el daño. Desde esta perspectiva, se puede entender implícitamente asumido el criterio del riesgo general de la vida como exonerador de responsabilidad para la Administración, pues tales riesgos, por definición, son aquéllos que todo sujeto ha de asumir, ya que derivan del hecho mismo de vivir.

²¹⁸ . En este sentido, afirma VON BAR (*Vol. II*, p. 535) que la doctrina de la asunción voluntaria del riesgo se ha de aplicar tanto a la responsabilidad subjetiva, como a la responsabilidad objetiva.

no es adecuado imputarle este tipo de riesgos, por las posibles consecuencias que ello derivaría para el desarrollo de la actividad médica.

Frente a ello, en el marco de la responsabilidad administrativa parece carecer de sentido plantearse este criterio para negar la imputación objetiva a la Administración. Esto es así porque el ámbito de aplicación de este principio de confianza se desarrolla entre profesionales sanitarios, pero en estos casos la reclamación de responsabilidad se dirige, como ya se vio frente a la Administración. Por tanto, este criterio serviría para afirmar la falta de imputación objetiva del profesional sanitario actuante (por ejemplo, de cara a la reclamación en vía de regreso); pero no de la Administración.

- Por último, el criterio del incremento del riesgo, en tanto que basa la negación de la imputación objetiva en la idea de la diferencia entre un comportamiento negligente frente a un comportamiento diligente, podría ser puesto en duda. El hecho de que en el caso concreto una conducta negligente no haya incrementado el riesgo de producción del daño, frente a una conducta diligente, parece perder sentido cuando no se imputa la responsabilidad de acuerdo con estos parámetros de conducta. Es, pues, cuanto menos dudoso que este criterio sirva para excluir la imputación objetiva del daño²¹⁹.

Tal afirmación es especialmente relevante si se tiene en cuenta que este criterio es el que se opone a la imputación de los daños producidos por eventos posteriores al nacimiento. La falta de aplicación del mismo en el ámbito de la responsabilidad objetiva permitiría la reclamación por tales daños, en el contexto de la responsabilidad administrativa y de la responsabilidad objetiva afirmada por el artículo 28 LGCDU (norma que, como vimos, se aconseja restringir a la responsabilidad de los centros sanitarios).

5. Por tanto, los resultados de aplicar esos criterios a estos sistemas de responsabilidad objetiva son ligeramente diferentes a los obtenidos en los sistemas de responsabilidad subjetiva y de responsabilidad contractual. En concreto, el rechazo del criterio del incremento del riesgo llevaría a admitir la reclamación por *wrongful birth* respecto de los daños posteriores al nacimiento, al igual que por los anteriores (a diferencia de lo que ocurre en los otros casos).

²¹⁹ . De hecho, PANTALEÓN PRIETO (*Tesis...*, pp. 77, 230 nota 119 y 824), al analizar este criterio, concluye que sólo es válido para supuestos de responsabilidad por culpa, pues sólo en ellos es lógicamente posible la existencia de una conducta alternativa conforme a Derecho.

En cambio, no existen diferencias respecto de la reclamación de responsabilidad por *wrongful life*, pues ésta queda excluida en todo caso, ya que los daños que se reclaman a través de esta acción de responsabilidad no entran dentro del fin de protección de la norma sobre la que pretende fundamentarse la responsabilidad del profesional sanitario.

CONCLUSIONES

1. Las tendencias de ampliación de la responsabilidad, junto con la idea que persigue alterar la función tradicional que tal institución cumple y que trata de identificar un responsable frente a —prácticamente— cualquier perjuicio que experimente un sujeto, han llevado al surgimiento de una serie de reclamaciones de responsabilidad por daños relacionados con la vida de un nuevo ser que suponen un nuevo reto jurídico. A dos de ellas se ha dedicado este estudio: las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*.

2. Bajo tal denominación, por comparación con otras acciones relacionadas con el nacimiento de un niño —en concreto, *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*, lesiones prenatales y procreación irresponsable—, se han de entender comprendidos los casos en que unos progenitores que se someten a un diagnóstico en fase preconceptiva o prenatal reciben un falso negativo relacionado con su descendencia futura (esto es, un diagnóstico que no refleja el estado de salud enfermo del *nasciturus* o los riesgos que amenazan al *concepturus*, cuando tal diagnóstico era posible de acuerdo con el estado de la ciencia y de la técnica y los indicios presentes en el paciente), información errónea que les impide adoptar una decisión —positiva o negativa— en relación a la concepción o al nacimiento, en tanto que dicha decisión fuera legalmente posible. Una vez que se produce el nacimiento, el niño se ve afectado por el defecto o enfermedad detectable del que no se conoció con anterioridad a la concepción, o al transcurso del plazo legalmente fijado para la interrupción del embarazo. Frente a ello, se plantea una reclamación de responsabilidad por parte de los progenitores, bien en su propio nombre (*wrongful birth*), bien en nombre del niño (*wrongful life*) —o bien ambas—, por el daño producido a cada uno de estos sujetos por el profesional sanitario que les privó de la información relevante.

3. Este punto de partida muestra con claridad la relación entre el daño reclamado y el hecho del nacimiento o de la vida del niño; relación que se ha constituido como base para la mayoría de los argumentos de rechazo de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*.

Tales argumentos, sin embargo, enmascaran en muchas ocasiones objeciones mayormente de tipo ético o moral, que contribuyen a oscurecer la pregunta fundamental formulada en este contexto sobre la aplicabilidad de la institución de la responsabilidad. Por

ello, este tipo de razonamientos –sin duda enriquecedores en el seno de un debate social– no puede ser aceptado (salvo que se remitan a valores o principios que se hayan integrado en el sistema jurídico): cuando lo que se plantea es la aplicación de una institución jurídica –la responsabilidad–, ésta se ha de analizar a partir de sus propios presupuestos, tal y como son regulados e interpretados en nuestro Ordenamiento.

Esta idea es, de hecho, la que se constituye como punto de partida del estudio de las acciones de responsabilidad aquí examinadas y la que condiciona su enfoque: la respuesta a la pregunta sobre la aplicación de la responsabilidad civil como vía para reparar el daño ocasionado a los progenitores y al niño en los supuestos de falso diagnóstico negativo ha de analizarse desde un punto de vista puramente jurídico y de derecho positivo. Se trata, pues, de prescindir de la propia ideología y de examinar por separado la concurrencia en el supuesto de hecho de los requisitos o elementos de la responsabilidad.

Con ello, las conclusiones a las que se han llegado tras este estudio ciertamente no son ni pretenden ser revolucionarias. Se ha intentado, simplemente, introducir una nueva perspectiva en el análisis de la responsabilidad por *wrongful birth* y *wrongful life* que sirva, al mismo tiempo, para aclarar la confusión reinante en la materia.

4. La separación de las cuestiones puramente éticas y morales de las jurídicas y de derecho positivo permite, además, enfrentarse al estudio de estas acciones desde una perspectiva más abierta. Su principal ventaja es que se examina el problema de la responsabilidad en sí mismo y no por su relación con otro tipo de consideraciones. Ello permite constatar cómo la problemática planteada en torno a las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* tiene un alcance que supera, sin duda, lo que generalmente se estudia sobre esta materia. De hecho, se ha comprobado que es habitual que en el estudio de estas acciones no se tengan en cuenta todos los supuestos posibles, ni todo el potencial ínsito en ellas. En concreto, tal afirmación se demuestra en relación a cuatro cuestiones:

- En primer lugar, el supuesto de hecho en que se origina este tipo de problemas no sólo ha de incluir los falsos diagnósticos preconceptivos y prenatales, sino también los preimplantatorios y los indirectos, pues también en ellos se plantea el mismo problema en relación a la descendencia futura, cuando, una vez concebida resulta afectada por un mal o defecto de cuyo riesgo se pudo haber advertido a los progenitores, de acuerdo con los parámetros de la *lex artis ad hoc*, con anterioridad a la concepción.

Respecto de los diagnósticos indirectos (relativos a prestaciones sanitarias desarrolladas al margen de un contexto reproductivo, pero de las que se puede extraer información sobre la descendencia futura), en concreto, se ha afirmado su equiparación plena al resto de los diagnósticos preconceptivos y prenatales, cuando se trata de un caso en que no se informa al paciente de un mal o defecto con incidencia actual sobre la descendencia futura; pero no cuando la falta de información se refiera exclusivamente a una incidencia potencial sobre la descendencia cuya constatación requiera un ulterior diagnóstico.

- En segundo lugar, la reclamación de responsabilidad no sólo puede dirigirse frente a un médico o facultativo, sino que puede ser responsable cualquier profesional sanitario de los que intervenga en el curso del proceso de diagnóstico, en la medida en que sea su comportamiento el que haya contribuido a la emisión del falso diagnóstico.

- En tercer lugar, la imputación de responsabilidad a este sujeto, además, si bien se produce generalmente a través de un criterio de culpa (delimitada por la *lex artis ad hoc* y, en este caso en concreto, por la constatación en el paciente de indicios de riesgo), puede traer causa de otro tipo de criterios de imputación subjetiva.

En concreto, se ha planteado, por un lado, la responsabilidad por hecho ajeno, a partir de la cual se puede predicar la responsabilidad del profesional sanitario –individual o la persona jurídica que actúe en el ámbito de la sanidad– que asuma como deudor una prestación o que actúe en el tráfico con otros profesionales a su cargo. Por otro lado, excepcionalmente se podrá imputar la responsabilidad sobre la base de criterios ajenos a la culpa, en la medida en que quede sometido el responsable a un sistema de responsabilidad objetiva u objetivada. Aunque la responsabilidad médica se encuentra limitada generalmente por el estado de la ciencia y de la técnica –pues las limitaciones de la Medicina son un riesgo que se ha de entender asumido por todo paciente–, existe un ámbito entre dicho límite y el del parámetro de conducta de la actuación del profesional en el caso concreto (actuación conforme, pues, a la *lex artis ad hoc*) respecto del que se puede reclamar la responsabilidad al titular de la actividad sometida a tal criterio de imputación objetiva.

- Finalmente, se ha constatado en el estudio desarrollado que la vía a través de la cual se ha de ejercitar la reclamación no es siempre la responsabilidad civil extracontractual. De hecho, esta vía queda restringida a la reclamación de los daños por *wrongful life* producidos en el seno de la sanidad privada (en la medida en que resulta muy difícil de es-

tablecer la existencia de un vínculo contractual entre el profesional sanitario y el niño), así como a ciertas excepciones en el contexto de la reclamación por *wrongful birth*.

En el resto de los casos, la responsabilidad se deberá reclamar por vía contractual, cuando el daño se produzca en el contexto de una prestación sanitaria llevada a cabo en el seno de la sanidad privada, y por vía administrativa, en la medida en que el daño tenga su origen en el funcionamiento normal o anormal del servicio público sanitario. En el primero de los casos, además, se ha constatado que, si bien el contrato celebrado entre el paciente y el profesional suele considerarse como de arrendamientos de servicios, puede ser calificado igualmente como contrato de obra cuando así lo acuerden las partes o, con ciertos matices, cuando se trate de prestaciones relativas al desarrollo de pruebas de tipo médico (si se ejecutan independientemente de la prestación de diagnóstico).

5. Definido así el contexto en que se desenvuelven estas acciones, desde un punto de vista jurídico los principales problemas a los que se enfrenta la aplicación de la responsabilidad a este tipo de supuestos se ha centrado tradicionalmente en el elemento del daño y de la relación de causalidad. Un análisis profundo de ambos elementos ha conducido en general a la admisión de las acciones de *wrongful birth* y al rechazo de las acciones de *wrongful life*. Si bien en este trabajo se llega a la misma conclusión –al menos, en sus líneas maestras–, el estudio desarrollado aporta un avance fundamental en el tratamiento de estas acciones, al demostrar que tal conclusión no puede aceptarse en general, sino que debe matizarse adecuadamente para cada supuesto.

6. Comenzando por las acciones de *wrongful life*, hay que afirmar que las corrientes ampliadoras de la responsabilidad han llevado aquí a la reclamación por unos daños cuyo contexto no encaja con la institución de la responsabilidad civil, por lo que acudir a ella únicamente conseguiría distorsionarla. Esta falta de encaje, sin embargo, se aprecia en este trabajo en relación a uno de los elementos de la responsabilidad distinto al tradicionalmente destacado. Concretamente, frente a la tradicional oposición a la concesión de una indemnización al niño discapacitado o enfermo sobre la idea de que no se puede identificar como daño jurídicamente indemnizable su vida, creemos que el principal obstáculo se ha de centrar en la perspectiva jurídica de la relación de causalidad: la imputación objetiva.

El daño, como concepto que se define de acuerdo con los valores integrados en el Ordenamiento jurídico, no ofrece una respuesta definitiva, sino que depende de los valores

manejados en cada momento y de su interpretación. En concreto, frente a las concepciones que parten de la vida como valor supremo e inatacable, este elemento no plantea un obstáculo insalvable si se interpreta el bien vida en el contexto del Ordenamiento y se tiene en cuenta que en realidad en nuestro sistema no aparece como bien absoluto. De hecho, su relativización se admite en casos excepcionales (en especial, en aquéllos en los que se tolera o consiente la propia disponibilidad de su titular sobre el mismo).

A partir de esta constatación, no es tan grande el paso que supone aceptar una reclamación de responsabilidad por parte del titular del bien vida en estos casos puntuales. En concreto, el hecho de que tal reclamación no pretende la destrucción o finalización de la vida, sino únicamente la indemnización por el hecho de su comienzo —no un ataque, pues, a la vida, sino a su idea como valor supremo—, permite, como mínimo, dudar del rechazo inicialmente categórico de este daño, pues éste parece estar más bien influido por consideraciones éticas o morales (que, por principio, excluyen *a radice* toda posibilidad de erosionar el bien vida). Por tanto, puede afirmarse que la admisión de este tipo de reclamaciones de responsabilidad ni erosiona el bien vida ni da pie al comienzo de su desvalorización, pues se trata de una relativización del bien aceptada desde hace ya tiempo. Así, sin perjuicio de que este punto inicial pueda ser criticado y sometido a debate, la situación actual de nuestro Ordenamiento parece ofrecer una base mínima sobre la que avanzar en el estudio de los requisitos de la responsabilidad.

Junto a ello, en materia de relación de causalidad, las dificultades se incrementan. No sólo resulta difícil establecer un enlace causal con respecto de los daños que traen causa de eventos que acaecen con posterioridad al nacimiento (enlace que requiere de la aplicación de criterios jurídicos para su afirmación y que no se puede afirmar en los supuestos de falsos diagnósticos negativos preconceptivos, salvo que se pueda acreditar en el caso concreto a través de presunciones), sino que, además nos encontramos con que estos daños no le son imputables al profesional sanitario demandado, pues no se integran dentro del fin de protección de la norma fundadora de la responsabilidad que se reclama. En concreto, la normativa sobre la interrupción voluntaria del embarazo no contempla la protección de los intereses del niño, sino que en las situaciones de conflicto priman sobre ellos los de la madre, que son los que resultan efectivamente protegidos.

Consiguientemente, salvo que tal situación se altere mediante reforma legal, la solución a los problemas del niño deberá ser abordada desde otro tipo de vías legales distintas de la responsabilidad.

7. Por lo que respecta a las acciones de *wrongful birth*, la afirmación general de su aceptación no es correcta, puesto que requiere distinguir según cuál sea el daño reclamado y según cuál sea el contexto en que se plantea esta acción de responsabilidad. El motivo, de nuevo, reside en el elemento de la relación de causalidad, ya que el obstáculo que supone la identificación de un daño en el hecho de la vida de un hijo se puede eludir a través de la aplicación de la idea de una separación entre tal hecho y el daño en sí. Esta separación separación, de hecho, se produce en relación a tres daños distintos: la privación de la facultad de aborto o de la libertad de procreación, el daño moral por la falta de preparación psicológica de los progenitores ante el nacimiento de un niño enfermo (si es que se acepta como tal daño) y el daño de rebote que experimentan los padres por el hecho de la enfermedad o discapacidad con que nace su hijo.

No existe problema para afirmar un enlace causal y la imputación del daño cuando dicho daño surge de un evento anterior al nacimiento. Sea cual sea el contexto en que se produzca el falso negativo, podrán, pues, reclamar los progenitores por la privación de la libertad de procreación o de la facultad de aborto, así como —si se acepta como daño— por la falta de preparación psicológica para el nacimiento de un hijo enfermo. La excepción vendrá constituida por los casos de diagnóstico indirecto en que el falso diagnóstico venga referido a la existencia de un riesgo potencial, pues en tal caso el enlace causal se produce únicamente con la posibilidad de someterse a un diagnóstico preconceptico o prenatal, no con el falso diagnóstico (que se constituye como el evento a partir del cual se desarrolla el resto del curso causal que desemboca en los daños reclamados).

El problema se plantea en torno a los daños de rebote, patrimoniales y morales, que experimentan los progenitores por el hecho de la discapacidad o enfermedad de su hijo. En tal caso, no se puede establecer un enlace causal cuando el diagnóstico erróneo se produce en fase preconceptica (salvo que se acredite éste a través de presunciones en el caso concreto), por lo que generalmente no será indemnizable. Por otra parte, respecto del falso negativo producido en fase prenatal, el enlace causal con este daño de rebote sólo es posible si se interpreta el curso de acontecimientos en combinación con la normativa del aborto em-

briopático, introduciendo, pues, en esta cuestión, criterios jurídicos que se justifican en el caso concreto por plantearse el supuesto en relación a la privación, precisamente, de una facultad legal (aunque tampoco quedan libres de dudas).

Sobre esta base, el obstáculo se traslada a la imputación objetiva. En este contexto, el criterio del incremento del riesgo parece excluir la imputación del daño al profesional sanitario –salvo que se demuestre en el caso concreto que tal incremento se produjo– y, con ello, la reclamación de responsabilidad por este tipo de daños.

Ahora bien, como excepción a este rechazo se sitúan, por un lado, los casos en que la responsabilidad se reclame por vía contractual y hayan sido asumidos estos daños de forma expresa por el deudor, o se puedan entender integrados en el fin del contrato celebrado. Igualmente, por otro lado, se encuentra la reclamación de responsabilidad objetiva (administrativa o derivada del artículo 28 LGCDU), en que el criterio del incremento del riesgo, de tintes subjetivistas, es de dudosa aplicación. Únicamente en estos dos supuestos se podrá estimar una responsabilidad por *wrongful birth* por el daño indirecto o de rebote.

8. Allí donde se pueda reclamar responsabilidad por el daño consistente en la privación de la libertad de procreación o la facultad de aborto, la indemnización deberá tomar como referencia para la fijación de su cuantía los gastos patrimoniales y el daño moral (ya que la posibilidad de asumir éstos de forma voluntaria es lo que fundamenta el reconocimiento a los progenitores de estas facultades y libertades).

Cuando además se pueda reclamar el daño indirecto o de rebote, el daño se valorará en atención al que efectivamente sufran los progenitores –patrimonial y moral– como derivados de la condición enferma del niño.

LISTA DE SENTENCIAS CITADAS

Alemania:

- OLG Schleswig de 18 de octubre de 1949: *NJW* 1950, p. 388.
- BGH de 20 de diciembre de 1952: *JZ* 1953, p. 307.
- LG Itzehoe de 21 de noviembre de 1968: *VersR*, 1969, p. 265, *FamRz*, 1969, p. 90.
- LG Limburg de 18 de junio de 1969: *NJW*, 1969, p. 1574.
- LG München de 27 de febrero de 1970: *VersR*, 1970, p. 428; *FamRZ*, 1970, p. 314.
- LG Duisburg de 7 de marzo de 1974: *VersR*, 1975, p. 432.
- OLG Düsseldorf de 31 de julio de 1974: *NJW*, 1975, p. 595; *FamRZ*, 1975, p. 100.
- LG Freiburg de 18 de noviembre de 1976: *NJW*, 1977, p. 340.
- OLG Bamberg de 6 de febrero de 1978: *NJW*, 1978, p. 1685; *JZ*, 1978, p. 332; *VersR*, 1978, p. 846.
- OLG Celle de 8 de mayo de 1978: *NJW*, 1978, p. 1688; *JZ*, 1978, p. 528; *VersR*, 1978, p. 924.
- OLG Zweibrücken de 14 de julio de 1978: *NJW*, 1978, p. 2340; *VersR*, 1979, p. 166.
- OLG Karlsruhe de 19 de octubre de 1978: *NJW*, 1979, p. 599.
- BGH 18 de marzo de 1980: *NJW*, 1980, p. 1450.
- OLG München de 27 de febrero de 1981: *NJW* 1981, p. 2012.
- BGH 14 de junio de 1981: *JZ* 1981, p. 758.
- BGH de 18 de enero de 1983: *JZ* 1983, p. 447; *NJW* 1983, p. 1371.
- BGH 22 de noviembre de 1983: *VersR*, 1984, p. 186.
- BGH 19 de junio de 1984: *NJW*, 1984, p. 2625.
- BGH 27 de noviembre de 1984: *VersR* 1985 (10), p. 240.
- BGH 25 de junio de 1985: *VersR*, 1985 (43), p. 1068.
- BGH 7 de julio de 1987: *VersR*, 1988, p. 155.
- OLG Stuttgart de 28 de enero de 1987: *NJW*, 1988, p. 1934.
- BVerfG de 28 de mayo de 1993: *NJW*, 1993, p. 1751.
- BGH de 16 de noviembre de 1993: *NJW*, 1994, p. 788.
- LG Düsseldorf de 2 de diciembre de 1993: *NJW*, 1994, p. 805.
- OLG Düsseldorf de 15 de diciembre de 1994: *NJW*, 1995, p. 788.
- BGH de 23 de marzo de 1995: *NJW*, 1995, p. 1609.
- OLG Zweibrücken de 18 de febrero de 1997: *NJW-RR*, 1997, p. 666.
- BVerfG de 22 de octubre de 1998: *NJW*, 1998, p. 523.
- BVerfG de 12 de noviembre de 1997: *NJW*, 1998, p. 519; *JZ* 1998, p. 352.

Australia:

- X and Y v Pal: (1991) NSWLR 26 [1992] Med LR 195 (NSW CA).
- Kosky v. The Trustees of the Sisters of Charity: [1982] VR 961.
- Watt v. Rama: [1972] VR 353.

Canadá:

- Montreal Tramways v. Leveille: (1933) 4 DLR, 337 a 340.
- Dobson v. Dobson; Canadian Abortion Rights Action League et. al., Interveners: (1999) 174 (4th) 1 (Can SC).
- Duval v. Seguin: (1972) 26 DLR (3rd) 48.

España:

(La cita se hace sobre la base de datos de Aranzadi, salvo que otra cosa se indique)

- STS 6 de diciembre de 1912: *Jurisprudencia civil*, 1912, nº 95, pp. 582-606
- STS 27 de diciembre de 1915: *Jurisprudencia civil*, 1915, nº 159, pp. 1061-1072
- STS 28 de febrero de 1959: 1497/1959
- STS 28 de febrero de 1964: 1224/1964
- STS 22 de diciembre de 1967: 5174/1967
- STS 3 de julio de 1968: 3610/1968
- STS 30 de abril de 1969: 2411/1969
- STS 14 de octubre de 1972: 4004/1972
- STS [3^a] 12 de marzo de 1975: 1798/1975
- STS [2^a] 23 de mayo de 1975: 2325/1975
- STS 16 de octubre de 1978: 3076/1978
- STS [2^a] 2 de julio de 1979: 2978/1979
- STS 20 de febrero de 1981: 564/1981
- STS [3^a] 25 de febrero de 1981: 449/1981
- STS [3^a] 14 de abril de 1981: 1843/1981
- STS [2^a] 11 de junio de 1981: 2645/1981
- STS 15 de diciembre de 1981: 5157/1981
- STS [2^a] 23 de septiembre de 1982: 4955/1982
- STS 5 de abril de 1983: 2242/1983
- STS 31 de mayo de 1983: 2956/1983
- STS 25 de junio de 1983: 3587/1983
- STS 3 de noviembre de 1983: 5953/1983
- STS 12 de marzo de 1984: 2508/1984
- STS 9 de mayo de 1984: 2403/1984
- STS [3^a] 15 de mayo de 1984: 2890/1984
- STS [2^a] 16 de junio de 1984: 5936/1984
- STS 19 de junio de 1984: 3250/1984
- STS [3^a] 20 de junio de 1984: 3722/1984
- STS 25 de junio de 1984: 1145/1984
- STS [3^a] 16 de julio de 1984: 4231/1984
- STS [3^a] 11 de octubre de 1984: 5098/1984
- STS 15 de diciembre de 1984: 6118/1984
- STS [3^a] 4 de febrero de 1985: 986/1985
- STS [3^a] 9 de abril de 1985: 1802/1985
- STS 21 de junio de 1985: 3307/1985
- STS 10 de diciembre de 1985: 6433/1985
- STS [2^a] 23 de diciembre de 1985: 6459/1985

- STS 17 de febrero de 1986: 685/1986
- STS [3ª] 2 de abril de 1986: 2627/1986
- STS [3ª] 21 de septiembre de 1986: 4416/1986
- STS 28 de octubre de 1986: 6015/1986
- STS 2 de febrero de 1987: 673/1987
- STS [2ª] 7 de mayo de 1987: 3022/1987
- STS 8 de junio de 1987: 4047/1987
- STS 13 de julio de 1987: 5488/1987
- STS 16 de diciembre de 1987: 9511/1987
- STS 9 de febrero de 1988: 771/1987
- STS 12 de julio de 1988: 5991/1988
- STS 22 de junio de 1988: 5124/1988
- STS 1 de febrero de 1989: 650/1989
- STS 24 de noviembre de 1989: 7908/1989
- STS 26 de enero de 1990: 69/1990
- STS 7 de febrero de 1990: 668/1990
- STS 19 de junio de 1990: 5780/1990 [aparece fechada como de 6 de julio]
- STS [2ª] 15 de noviembre de 1990: 8919/1990
- STS 11 de marzo de 1991: 2209/1991
- SAP Badajoz 22 de abril de 1991: *La Ley*, 1191-3, mg. 11795
- STS 8 de mayo de 1991: 3618/1991
- STS 3 de junio de 1991: 4407/1991
- STS [3ª] 14 de junio de 1991: 3115/1991
- STS 30 de julio de 1991: 5435/1991
- STS 11 de noviembre de 1991: 8720/1991
- STS 22 de noviembre de 1991: 8844/1991
- STS 7 de enero de 1992: 149/1992
- STS 23 de abril de 1992: 3323/1992
- SAP Asturias 28 de abril de 1992: 544/1992
- STS [3ª] 23 de septiembre de 1992: 7007/1992
- STS 4 de noviembre de 1992: 9199/1992
- STS 15 de marzo de 1993: 2276/1993
- STS 17 de marzo de 1993: 2037/1993
- STS 23 de marzo de 1993: 2545/1993
- STS 11 de junio de 1993: 4827/1993
- STS 7 de julio de 1993: 6112/1993
- STS 5 de octubre de 1993: 7196/1993
- STSJ Cataluña 9 de noviembre de 1993: 4887/1993
- STS 15 de noviembre de 1993: 9096/1993
- STS 25 de noviembre de 1993: 9134/1993
- STS 8 de febrero de 1994: 834/1994
- SAP Valladolid 12 de febrero de 1994: 361/1994
- STS 15 de febrero de 1994: 1308/1994
- STS 25 de abril de 1994: *El Derecho*, 3636/1994
- SAP Baleares 16 de junio de 1994: 994/1994
- SAP León 17 de junio de 1994: 999/1994
- SAP Granada 21 de junio de 1994: 990/1994

- STS 22 de julio de 1994: 6581/1994
- STS 27 de julio de 1994: 6787/1994
- STS 29 de julio de 1994: 6937/1994
- STS 26 de septiembre de 1994: 7330/1994
- STS 27 de septiembre de 1994: 7307/1994
- SAP Valencia 3 de octubre de 1994: 1735/1994
- STS 6 de octubre de 1994: 7465/1994
- STS 10 de octubre de 1994: 7475/1994
- STS 14 de noviembre de 1994: 8473/1994
- STS 23 de noviembre de 1994: 8772/1994
- STS [3ª] 16 de diciembre de 1994: 10047/1994
- STS 27 de febrero de 1995: 4077/1995
- STS 22 de mayo de 1995: 4088/1995
- STS 10 de octubre de 1995: 7403/1995
- STS 27 de noviembre de 1995: 9803/1995
- STS 31 de enero de 1996: 546/1996
- STS [3ª] 16 de febrero de 1996: 1199/1996
- STS 25 de junio de 1996: 4853/1996
- STS [3ª] 20 de julio de 1996: 5717/1996
- STS 15 de octubre de 1996: 7110/1996
- STS 19 de octubre de 1996: 7508/1996
- STS 21 de octubre de 1996: 7235/1996
- STS 2 de diciembre de 1996: 8938/1996
- SAP Baleares 21 enero de 1997: 136/1997
- STS 11 de febrero de 1997: 970/1997
- STS 26 de marzo de 1997: 1864/1997
- STS 5 de junio de 1997: 5945/1997
- STS 6 de junio de 1997: *El Derecho*, 3439/1997
- STS 12 de junio de 1997: 4769/1997
- STS 24 de junio de 1997: 5208/1997
- STS 27 de junio de 1997: 5758/1997
- STS 1 de julio de 1997: 5471/1997
- STS 28 de julio de 1997: 5954/1997
- STS 10 de noviembre de 1997: 7868/1997
- STS 2 de diciembre de 1997: 8964/1997
- STS 5 de diciembre de 1997: 9452/1997
- STS 10 de diciembre de 1997: 8775/1997
- STS 13 de diciembre de 1997: 8816/1997
- STS [3ª] 20 de enero de 1998: 350/1998
- STS 19 de febrero de 1998: 634/1998 y 968/1998
- STS 26 de febrero de 1998: 1169/1998
- STS 17 de abril de 1998: 2055/1998
- SAP Madrid 5 de mayo de 1998: 1998/7198
- SAP Álava 18 de mayo de 1998: 5514/1998
- STS 22 de mayo de 1998: 3991/1998
- STS 29 de mayo de 1998: 4074/1998
- STS 5 de junio de 1998: 4275/1998

- STS 9 de junio de 1998: 3717/1998
- STS 18 de junio de 1998: 5290/1998
- STS 19 de junio de 1998: 5068/1998
- SAP León 15 de septiembre de 1998: *El Derecho*, 25526/1998
- STS 10 de octubre de 1998: 8371/1998
- STS 16 de octubre de 1998: 7565/1998
- STS 9 de diciembre de 1998: 9427/1998
- STS 28 de diciembre de 1998: 10161/1998
- SAP Vizcaya 18 de enero de 1999: 1999/5188
- SAP Navarra 26 de enero de 1999: 3020/1999
- STS 4 de febrero de 1999: *Actualidad Civil*, 524, 1999 (22).
- STS 13 de abril de 1999: 2583/1999
- STS 19 de abril de 1999: 2588/1999
- STS 28 de junio de 1999: 4894/1999
- SAP Alicante 9 de julio de 1999: *El Derecho*, 30117/1999
- STS 12 de julio de 1999: 4770/1999
- SAP Barcelona 20 de septiembre de 1999: 1973/1999
- STS 24 de septiembre de 1999: *El Derecho*, 27831/1999
- STS 30 de diciembre de 1999: 9496/1999
- SAP Valencia 18 de enero de 2000: 2904/2001
- STS 12 de febrero de 2000: 820/2000
- SAN 8 de marzo de 2000: 2000/ 115498
- SAP Málaga 31 marzo de 2000: 2000/915
- STS [3ª] 4 de abril de 2000: 3258/2000
- STS 31 de mayo de 2000: 5089/2000
- STS [3ª] 3 de octubre de 2000: *El Derecho*, 30797/2000
- STS 15 de noviembre de 2000: 8987/2000
- STS [2ª] 20 de diciembre de 2000: 5638/2000
- STS 12 de enero de 2001: 3/2001
- STS 24 de marzo de 2001: 3986/2001
- SAP Vizcaya 9 abril 2001: 2002/159
- STS 11 de mayo de 2001: 2001/6197
- SAN 6 de junio de 2001: 2001/1280
- STS 11 de junio de 2001: 5674/2001
- STS 11 de diciembre de 2001: 2711/2001
- SAP Madrid 1 de junio de 2002: 2002/209493
- SAP Cádiz 17 septiembre de 2002: 2002/1929
- STS 7 de junio de 2002: 5216/2002

Estados Unidos:

- *Albala v. City of New York*: 54 NY 2d 269.
- *Arche v. United States*: 247 Kan. 276, 798 P.2d 477 [1990].
- *Atlanta Obstetrics & Gynecology Group v. Abelson*: 398 S.E.2d 557 (Ga. 1990).
- *Azzolino v. Dingfelder*: 315 N.C. 103, 337 S.E.2d 528 [1985].
- *Bani-Esraili v. Lerman*: 69 N.Y.2d 807, 505 N.E.2d 947, 513 N.Y.S.2d 382 [1987].
- *Basten v. United States*: 848 F.Supp. 962 (M.D. Ala. 1994).

- Becker v. Schwarz: 413 N.Y.S.2d 895, 386 N.E.2d 807; 46 N.Y.2d 401 [N.Y.App.1978]).
- Berman v. Allan: 404 A.2d 8 [1979]; 80 N.J. 421.
- Blake v. Cruz: 108 Idaho 253, 698 P.2d 315 [1984].
- Bonbrest v. Kotz: 65 F.Supp. 138 [D.D.C.1946].
- Bowman v. Davies: 48 Ohio St. 2d 41 [1976].
- Burke v. Rivo: 1990, 551 NE 2d 1, Mass. Sup. Jud. Ct.).
- Chenault v. Huie: 989 S.W.2d 474 [Tex.App.1999].
- Curlender v Bio-Science Laboratories: 165 Cal Rptr 477 (Cal CA), 106 Cal. App. 3d 811 [1980].
- Dansby v. Thomas Jefferson Univ. Hosp.: 623 A.2d 816 (Pa. Super. Ct. 1993).
- Davis v. Rodman: 227 S.W. 612 (Ark. 1921).
- Dietrich v. Inhabitants of Northampton: 138 Mass. 14 (1884).
- Donoghue v. Stevenson: 1932 App. Cas. 562.
- Dumer v. St. Michael's Hospital: 69 Wis. 2d 766; 233 N.W.2d 372 (1975).
- Duplan v. Harper: 188 F.3d 1195 [10th Cir. 1999].
- Edmonds v. Western Pa. Hosp. Radiology Assocs.: 607 A.2d 1083 (Pa. Super. Ct. 1992).
- Eisbrenner v. Stanley: 106 Mich. App. 351; 308 N.W.2d 209 [1981].
- Enright v. Eli Lilli & Co: (1991) 570 NE 2d 198 (NY CA).
- Gammill v. United States: 727 F.2d 950 (10th Cir. 1984).
- Garrison v. Medical Center of Delaware Inc.: De Supr. 581 A 2d 288 (1989).
- Gildiner v. Thomas Jefferson University Hospital: 451 F. Supp. 692 (E.D. Pa.1978).
- Gleitman v. Cosgrove: 49 N.J. 22; 227 A.2d 689, 22 A.L.R.3d 1411 (1967).
- Greco v. United States: 111 Nev. 405, 893 P.2d 345 [1995].
- Greenberg v. Kliot: 47 App. Div. 2d 765, 367 N.Y.S. 2d 966 (1975).
- Harbeson v. Parke-Davis: 98 Wash. 2d 460, 656 P.2d 483 [1983].
- Hickman v. Group health Plan, Inc.: 396 N.W.2d 10 Minn. 1986.
- Howard v. Lecher: 42 NY 2d 109, 397 NYS 2d 363, 366 NE 2d 64 (1977).
- Jacobs v. Theimer: 519 S.W.2d 846 (Tex. 1975).
- James G. v. Caserta: 332 S.E.2d 872 (W. Va. 1985).
- Johnson v. Yeshiva Univ.: 53 A.D.2d 523, 384 N.Y.S.2d 455 (1977).
- Jones v. Malinowski: 299 Md. 257, 473, A.2d 429, 1984.
- Jorgensen v. Meade Hohnson Laboratories Inc.: 483 F.2d 237 (10th Cir. 1973).
- Keel v. Banach: 624 So.2d 1022 [Ala.1993].
- Kelly v. Gregory: 282 App. Div. 2d 542, 125 N.Y.S.2d 696 (1953).
- Liddington v. Burns: 916 F. Supp. 1127 (W.D. Okla. 1996).
- Linninger v. Eisenbaum: 764 P.2d 1202 Colo. [1988].
- Lloyd v. North Broward Hospital District: 570 So.2d 984 (Fla 1990).
- Lovelance Medical Center v. Mendez: 111 NM 336, 805 P. 2d 603 (1991).
- Moores v. Lucas: 405 So. 2d 1022 (Fla.Dist.Ct.App. 1981).
- Morse v. Soffer: 101 A.D. 2d 856, 476 N.Y.S. 2d 170 (N.Y. App. Div. 1984).
- Miller v. Johnson: 231 Va. 177, 343 S.E.2d 301 (1986).
- Munro v. Regents of University of California: 263 Cal Rptr 878 (Cal App 2 Dis, 1989).
- Nanke v. Napier: 346 N.W. 2d 520 (Iowa 1984).
- Park v. Chessin: 88 Misc. 2d 222, 387 N.Y.S. 2d 204 (Sup. Ct. 1976).

- Philips v. United States: 508 F. Supp. 544 [D.S.C. 1981], 575 F.Supp. 1309 [D.S.C.1983].
- Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey: 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791, 120 L.Ed.2d 674 [1992].
- Planned Parenthood v. Danforth: 428 U.S. 52 (1976).
- Procanik v. Cillo: 97 N.J 339; 478 A.2d 755 [1984].
- Profit v. Bartolo: 162 Mich App 35, 412 NW2d 232 (1987).
- Renslow v. Mennonite Hospital: 367 NE 2d 1250 (1977).
- Robak v. United States: 658 F.2d 471 (7th Cir. 1981).
- Roe v. Wade: 410 US 113 [1973]; 93 S.Ct. 705; 35 L.Ed.2d 147).
- Schork v. Huber: 648 S.W. 2d 861 (Ky. 1983).
- Schroeder v. Perkel: 432 A 2d 834 (1981).
- Siemieniec v. Lutheran General Hosp.: 117 Ill.2d 230, 111 Ill.Dec. 302, 512 N.E.2d 691 (1987).
- Simonsen v. Swenson: 104 Neb. 224, 177 N.W. 831 (1920).
- Skillings v. Allen: 173 N.W. 663 (Minn. 1919).
- Slawek v. Stroh: 62 Wis. 2d 295, 215 N.W.2d 9 (1974).
- Smith v. Cote: 128 N. H. 231, 513 A.2d 341 (1986).
- Speck v. Finegold: 48 U.S.L.W. 2112 (Pa. Super. 1979), 408 A 2d 496 (1979), 497 Pa. 76, 439 A.2d 110 (1981).
- Spencer v. Seikel: 742 P.2d 1126 (Okla. 1987).
- Stewart v. Long Island Colllege Hospital: 58 Misc. 2d 432, 296 N.Y.S.2d 41 (Sup. Ct. 1968).
- Stallman v. Youngquist: 125 Ill.2d 267; 531 N.eE.2d 355, 126 Ill.Dec. 60,78 A.L.R.4th 1071 [1988].
- Taylor v. Kurapati: 600 N.W.2d 670, Mich.App [1999].
- Troppi v. Scarf: 187 N.W.2d 511 [Mich.App. 1971].
- Turpin v. Sortini: 182 Cal.Rptr. 337, 643 P.2d 954, 31 Cal. 3d 220 [1982].
- Wilezynski v. Goodman: 73 Ill. App. 3d 51, 391 N.W. 2d 479 (1979).
- Williams v. State of New York: Misc. 2d 824; 260 N.Y.S. 2d 953 [Ct. Cl. 1965]; 223 NE 2d 343 [NY CA]).
- Wilson v. Kuenzi: 751 S.W.3d 741 (Mo. 1988).
- Zepeda v. Zepeda: 41 Ill. App. 2d 240 (1963); 190 NE 2d 849.

Francia:

- *Cour de Cassation* de 20 de mayo de 1936: *Gaz. Pal.* 1936.2.41.
- *Cour de Cassation* de 27 de febrero de 1970: *Gaz. Pal.*, 1970, I, 163; *JCP*, 1970, II, 16305.
- *Conseil d'État* 2 de julio de 1982: *D.* 1984, p. 425.
- *Conseil d'État* 27 de septiembre de 1989: *D.* 1991, p. 80.
- TGI de Montpellier de 15 de diciembre de 1989: *JCP*, 1990, II, 21556.
- TA de Strasbourg 17 de jlio de 1990: *AJDA* 1991, p. 217.
- *Cour de Cassation* 25 de junio de 1991: *D.* 1991, p. 566; *JCP* 1992 II, 21784.
- *Cour de Cassation* 16 de julio de 1991: *JCP* 1992, II, 21947.
- *Cour de Paris* de 17 de diciembre de 1993: *D.* 1995, Somm., p. 98.
- TGI de Metz de 22 de diciembre de 1994: *Gaz. Pal.*, 1995.2.374.

- *Cour de Cassation* de 26 de marzo 1996 (dos sentencias): *Bull. Civ. I*, nº 156 y 157; *D.* 1997, J 35 y 36.
- *Conseil d'État* de 14 de febrero de 1997: *JCP* 1997, I, 4045 nº 7.
- *Cour de Cassation* de 17 de noviembre de 2000: *JCP* 2000, II, 10438.
- *Cour de Cassation* de 13 de julio de 2001 (tres sentencias): *D.* 2001, p. 2325; *JCP* 2001, II, 10601.
- *Cour de Cassation* de 28 de noviembre de 2001: *JCP* (n. 49), 5 diciembre 2001, p. 2237; *D.* 2001, p. 3587.

Gran Bretaña:

- *Allen v. Bloomsbury Health Authority*: (1993) 1 All E.R. 651.
- *Anderson v Forth Valley Health Board*: (1997) 44 BMLR 108 (Ct. Sess (OH)).
- *Bolam v. Friern Hospital Management Committee*: [1957] 1 WLR 582.
- *Bolitho v. City & Hackney HA*: (1992) 13 BMLR 111; (1997) 39 BMLR 1, [1998] AC 232.
- *Burton v. Islington HA*: [1992] 3 WLR 637.
- *Emeh v. Kensington & Chelsea & Westminster Area Health Authority*: [1985], QB 1024; 1984, 3 All ER 1044.
- *Fish v Wilcox*: [1994] 5 Med LR 230 (CA).
- *Goodwill v. British Pregnancy Advisory Service*: [1996] 1 WLR 1397.
- *Gregory v. Pembrokeshire HA*: [1989] 1 Me. LR 81.
- *Janaway v. Salford AHA*: [1989] AC 537.
- *Martell v. Merton ad Sutton HA*: (1992) 10 BMLR 63 (CA).
- *McFarlane v. Tayside Health Board*: House of Lords (Escocia) [2000] 2 AC 59; (1999) 4 All ER 961 (HL).
- *McKay v Essex AHA*: [1982] QB 1166; [1982] 2 All ER 771 (CA).
- *Rance v Mid-Downs HA*: (1991) 1 All ER 801.
- *Salih v Enfield*: (1991) 3 All ER 400 (CA).
- *Sciuriaga v. Powell*: [1979] 129 S.J. 406.
- *Thake v. Maurice*: [1984] 2 All E.R. 513.
- *Udale v. Bloomsbury Area Health Authority*: [1983] 2 All E.R. 422.
- *Whitehouse v. Jordan*: (1981) 1 WLR, 246 (HL).

Italia:

- *Tribunale di Piacenza* de 31 de julio de 1950: *Foro italiano*, 1951, I, p. 991 ó 981.
- *Corte di Casazione* de 18 de marzo de 1987: *Cass. pen.*, 1987, p. 609.
- *Corte d'Apello di Venezia* de 23 julio 1990: *Rivista Italiana di Medicina legale*, 1991, p. 1320.
- *Corte d'Apello di Bologna* de 19 de diciembre de 1991: *Archivio della Responsabilità Civile*, 1992, p. 295.
- *Corte di Casazione* de 8 de julio de 1994: *Nuova Giurisprudenza Civile Comentata*, 1995, I, 1107.
- *Tribunale di Roma*: 13 de diciembre de 1994: *Diritto di Famiglia*, 1995, 662.
- *Tribunale di Cagliari* de 23 de febrero de 1995: *Nuova Giurisprudenza Civile Comentata*, 1995, I, 1107.

- *Tribunale di Bergamo* de 2 de novembre de 1995: *Danno e responsabilità*, 1996, 249.
- *Tribunale di Perugia* de 7 de settembre de 1998: *Foro italiano*, 1999, p. 1804.
- *Corte di Casazione* de 1 de dicembre de 1998: *Foro italiano*, 1999, I, 77.
- *Corte di Casazione* de 24 de marzo de 1999: *Foro italiano*, 1999, p. 1084; *Danno e responsabilità* 1999, p. 766.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, X.

- «El derecho de información sanitaria», *Diario La Ley*, 16 enero 2003, pp. 1-6.

ALBALADEJO GARCÍA, M.

- «Artículo 627», en *Comentarios del Código civil, Tomo I*, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pp. 1595-1597.

ALLOITEAU, S.

- «L'arrêt "C.H.R. de Nice": l'indemnisation du préjudice lié a un défaut d'information médicale (Conseil d'Etat, 14 février 1997)», *Les Petites Affiches*, 1997 (64), pp. 23-32.

ALONSO PÉREZ, M.^a T.

- *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, J.M. Bosch Editor, Barcelona 1997.

ALONSO PÉREZ, M.

- «De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XIII, Volumen 2º, Dirigidos por M. Albaladejo, EDERSA, Madrid 1981, pp. 1-10.
- «Reflexiones sobre el concepto y valor de la persona en el "Derecho civil de España"», *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 1117-1127.
- «La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la "lex artis")», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Coordinado por J.A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid 2000, pp. 13-53 [citado, «La relación...»].

ÁLVAREZ VIGARAY, R.

- «La responsabilidad por daño moral», *Anuario de Derecho Civil*, 1966, pp. 81-116.

ANDREWS, L.B.

- «Torts and the double helix: malpractice liability for failure to warn of genetic risks», *Houston Law Review*, 1992 (29), pp. 149-184.

ÁNGEL YÁGÜEZ, R. DE

- «La reparación de daños personales en el Derecho español, con referencias al Derecho comparado», *Revista Española de Seguros*, 1989 (57), pp. 47-85 [citado, «La reparación...»].
- *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid 1993 [citado, *Tratado...*].
- «Artículo 1903», en *Comentario del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pp. 2003-2034 [citado, «Artículo 1903...»].

- «Artículo 1904», en *Comentario del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pp. 2034-2037.
- «Sobre la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1993: Un repertorio de cuestiones de responsabilidad médica», *Derecho y Salud*, 1993 (1), pp. 18-32 [citado, «Sentencia...»].
- *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid 1995 [citado, *Previsiones...*].
- «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad, Partes I y II», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1996 (enero-junio), nº 4 y nº 5, pp. 105-117 y 141-156 [citados, «Parte I...» y «Parte II...»].
- *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, Madrid 1999 [citado, *Responsabilidad civil...*].
- «La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de wrongful birth (4 de febrero de 1999). ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1999, nº 10, pp. 117-155 [citado, «La segunda...»].
- «Artículo 1902», en *Comentario del Código civil*, Tomo 8, Coordinado por I. Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, Barcelona 2000, pp. 271-680 [citado, «Artículo 1902...»].
- «Responsabilidad por informar», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Coordinado por J.A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid 2000, pp. 170-203 [citado, «Responsabilidad...»].
- «La transmisión *mortis causa* de la obligación de indemnizar por responsabilidad civil», en *Estudios de Responsabilidad civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Coordinados por R. de Ángel Yáguez y M. Yzquierdo Tolsada, Dykinson-Ciudad Argentina, Madrid 2001, pp. 15-45 [citado, «La transmisión...»].
- «La tercera sentencia del Tribunal Supremo sobre casos de “wrongful birth”. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2002 (17), pp. 179-202 [citado, «La tercera...»].

ANGELO, A. D'

- «Wrongful birth e wrongful life negli ordinamenti inglese ed australiano», en *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, A. D'Angelo, Giuffrè Editore, Milano 1999, pp. 155-177.

ARANDA RODRÍGUEZ, R.

- *La representación legal de los hijos menores*, Universidad Carlos III. Boletín Oficial del Estado, Madrid 1999.

ASÚA GONZÁLEZ, C.I.

- «Responsabilidad civil médica», en *Tratado de responsabilidad civil*, Coordinado por L.F. Reglero Campos, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2002, pp. 959-1032.

ATAZ LÓPEZ, J.

- *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid 1985.

AUBERT, J.-L.

- «Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être (à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000)», *Le Dalloz*, 2001, pp. 489-491.

AYNÈS, L.

- «Préjudice de l'enfant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de Cassation», *Le Dalloz*, 2001, pp. 492-496.

BADENAS CARPIO, J.M.

- «La responsabilidad civil médica», en *Lecciones de responsabilidad civil*, Coordinadas por L.F. Reglero Campos, Aranzadi, Elcano (Navarra) 2002, pp. 251-270.

BADOSA COLL, F.

- *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1987 [citado, *Diligencia...*].
- «Artículo 1105», en *Comentario del Código civil*, Tomo II, 2ª edición, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pp. 42-44 [citado, «Artículo 1105...»].

BAÑEGUIL ESPINOSA, A. y SALVADOR CRESPO, J.I.

- «Los daños morales y su valoración en la responsabilidad médica», *Actualidad Civil*, 1997 (nº7), VII, pp. 143-167.

BAR, C. VON

- *The common european law of torts*, Volumen I, C.H. Beck, München 1998 [citado, *Vol. I...*].
- «Schadensersatz für das unerwünschte Kind. Neue Urteile des niederländischen Hoge Raad sowie von Gerichten aus Deutschland, England und Schottland», *Zeitschrift für Europäische Privatrecht*, 1998, pp. 324-331 [citado, «Schadensersatz...»].
- *The common european law of torts*, Volumen II, Oxford University Press, Somerset 2000 [citado, *Vol. II...*].

BATTIN, J.

- «El consejo genético. ¿Por qué, para quién, cuándo, cómo?», en *Avances en Pediatría. II Congreso Mundial Vasco*, Coordinador A. Delgado Rubio, IDEPSA, Madrid 1988, pp. 120-124.

BAUDOUIN, J.-L.

- «Responsabilité médicale. "Wrongful life". "Wrongful birth"», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1988 (87), pp. 605-606.

BAUDOUIN, J.-L. y LABRUSSE-RIOU, C.

- *Produire l'homme: de quel droit? (Étude juridique et éthique des procréations artificielles)*, PUF, Paris 1987.

BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.

- «Capítulo VIII, Artículos 25-30 LGCDU», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Coordinados por R. Bércovitz Rodríguez-Cano y J. Salas Hernández, Civitas, Madrid 1992, pp. 661-730 [citado, «Comentarios...»].
- «Sentencia del Tribunal Supremo de 26 junio de 1996», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1996, pp. 1197-1210 (mg. 1147) [citado, «26 de junio de 1996»].
- «Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1997, pp. 1211-1221 (mg. 1231) [citado, «1 de julio de 1997...»].
- «Sentencia del Tribunal Supremo de 4 febrero de 1999», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1999, pp. 841-859 (mg. 1373) [citado, «4 de febrero de 1999»].
- «Sentencia del Tribunal Supremo de 24 septiembre de 1999», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1999, pp. 195-205 (mg. 1419) [citada, «24 de septiembre de 1999»].
- «Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2003, pp. 857-865 (mg. 1614) [citado, «7 de junio de 2002»].

BERENSON, M.A.

- «The wrongful life claim –The legal dilemma of existence versus nonexistence: “To be or not to be”», *Tulane Law Review*, 1990 (64), pp. 895-918.

BERGMANN, K.-O.

- *Die Arzthaftung. Ein Leitfaden für Ärzte und Juristen*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York 1999.

BOIN, K.T.

- «Unterhaltsbelastung für ein Kind als Schaden – Eine unendliche Geschichte?», *Juristische Arbeitsblätter*, 1995 (5), pp. 425-431.

BONASI BENUCCI, E.

- *La responsabilità civil*, Traducción y notas de Derecho español de J.V. Fuentes Lojo y J. Peré Raluy, Bosch, Barcelona 1958.

BOPP, J.; BOSTROM, B.A. y MCKINNEY, D.A.

- «The “rights” and “wrongs” of wrongful birth and wrongful life: a jurisprudential analysis of birth related torts», *Duquesne Law Review*, 1989 (27), pp. 461-515.

BREGANTE, L.

- «Dignità del bambino e diritto alla pianificazione familiare dei genitore negli USA», en *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, A. D'Angelo, Giuffrè Editore, Milano 1999, pp. 179-208.

BROX, H. y WALKER, W.-D.

- *Allgemeines Schuldrecht*, 28ª edición, Verlag C.H.Beck, München 2002 [citado, *Allgemeines...*].

- *Besonderes Schuldrecht*, 27ª edición, Verlag C.H.Beck, München 2002 [citado, *Besonderes...*].

BRUNETTA D'USSEAU, F.

- «Lo *Schmerzensgeld* e il risarcimento del danno patrimoniale per la nascita indesiderata nell'ordinamento tedesco», en *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, A. D'Angelo, Giuffrè Editore, Milano 1999, pp. 121-154.

BUEN, D. DE

- «La estipulación en provecho de tercero», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1923 (142), pp. 193-237.

BUSNELLI, F.D.

- «Postilla. Cour de cassation. Assemblée plénière, 17.11.2000», *La Nuova Giurisprudenza Civile Comentata*, 2001 (2), pp. 209-210, 215-218.

BUSTO LAGO, J.M.

- *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid 1998 [citado, *La antijuridicidad...*].

- «La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», en *Tratado de Responsabilidad civil*, Coordinado por L.F. Reglero Campos, Aranzadi, Elcano (Navarra) 2002, pp. 1425-1530 [citado, «La responsabilidad...»].

BUSTOS PUECHE, J.E.

- «Un caso de voluntarismo judicial: la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997», *La ley*, 1997 (5), D-250, pp. 1699-1701.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.

- *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona 1993 [citado, *Las obligaciones...*].

- «Artículo 29», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Tomo I, vol. 3, 2ª edición, EDERSA, Madrid 1993, pp. 761-795 [citado, «Artículo 29... »].

- «Voz "Dependientes (Responsabilidad por) (Dº Civil)"», en *Enciclopedia Jurídica Básica, Tomo II*, Civitas, Madrid 1995, pp. 2122-2124 [citado, «Dependientes...»].

- *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Civitas, Madrid 2000 [citado, *Los deberes...*].

CAFFARENA LAPORTA, J.

- «Artículo 38», en *Comentarios del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pp. 242-247.

CAHN, A.

- *Einführung in das neue Schadensersatzrecht. Ein Leitfaden für Ausbildung und Praxis*, Verlag C.H. Beck, München 2003.

CALVO MEIJIDE, A.

- «El *nasciturus* y su protección jurídica (I) y (II)», *Actualidad Civil*, 1992-2, pp. 231-281 [citados, «Parte I» y «Parte II»].

CAMPINS VARGAS, A.

- *La sociedad profesional*, Civitas, Madrid 2000.

CANALE, M.

- «Considerazioni medico-legali», en *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, A. D'Angelo, Giuffrè Editore, Milano 1999, pp. 71-80.

CAPRON, A.M.

- «Tort liability in genetic counseling», *Columbia Law Review*, 1979 (79), pp. 618-684.

CARBALLO FIDALGO, M.

- «El contrato en favor de tercero», *Actualidad Civil*, 2000-5 (47), pp. 1697-1727.

CARBONNIER, J.

- *Droit civil*, Tomo 4, 22ª edición, Dirigido por C. Lambrusse-Riou, Presses Universitaires de France, París 2000.

CARCABA FERNÁNDEZ, M.

- «Hacia un estatuto jurídico del embrión humano (especial consideración del pre-embrión)», en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana (II Congreso mundial vasco)*, Editorial Trivium, Madrid 1988, pp. 391-399.

CARRASCO, S.

- «Exploración en el embarazo. Exploración de la embarazada», en *Tratado de obstetricia y ginecología*, Volumen I, Dirigido por J.A. Usandizaga Beguiristáin y P. de la Fuente Pérez, McGraw Hill Interamericana, Madrid 1997, pp. 121-128.

CARRASCO PERERA, A.

- «Artículo 1101», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XV, Volumen 1º, Dirigidos por M. Albaladejo, EDERSA, Madrid 1989, pp. 374-444 [citado, «Artículo 1101...»].
- «Artículo 1104», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XV, Volumen 1º, Dirigidos por M. Albaladejo, EDERSA, Madrid 1989, pp. 585-630 [citado, «Artículo 1104...»].
- «Artículo 1105», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XV, Volumen 1º, Dirigidos por M. Albaladejo, EDERSA, Madrid 1989, pp. 630-666 [citado, «Artículo 1105...»].
- «Artículo 1106», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XV, Volumen 1º, Dirigidos por M. Albaladejo, EDERSA, Madrid 1989, pp. 666-709 [citado, «Artículo 1106...»].

- «Artículo 1107», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XV, Volumen 1º, Dirigidos por M. Albaladejo, EDERSA, Madrid 1989, pp. 709-752 [citado, «Artículo 1107...»].

CARUSI, D.

- «Fallito intervento d'interruzione di gravidanza e repsonsabilità medica per omessa informazione: il "danno da procreazione" nella giurisprudenza della Cassazione italiana e nelle esperienze straniere», *Rassegna di Diritto civile*, 1996 (2), pp. 342-376.

CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.^a

- «Los conceptos básicos de la responsabilidad civil en el Diccionario de Autoridades de la Real Academia Española», en *Estudios de responsabilidad en homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Dykinson-Ciudad Argentina, Madrid 2001, pp. 69-75.

CASTILLO CALVÍN, J.M.

- «Repertorio de consideraciones sobre responsabilidad civil médica y hospitalaria», *Diario La Ley*, 23 de febrero de 2001, pp. 1-4.

CASTRO Y BRAVO, F. DE

- *Derecho civil de España*, Tomo II, Parte 1ª, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1952 [citado, *Derecho...*].
- *Temas de Derecho civil*, Marisal, Madrid 1972.

CECCHINI ROSELL, X.

- «El deber de información del médico. Nacimiento de niño con síndrome de Down. Concepto de daño y relación de causalidad. Comentario a la STS núm 581/2002 (Sala de lo Civil), de 7 de junio (RJ 2002, 5216). Recurso de Casación núm. 3834/1996», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2003 (10), pp. 181-192.

CHABAS, F.

- «La perte d'une chance en droit français», en *Développements récents du droit de la responsabilité civile (Colloque)*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1991, pp. 131-143 [citado, «Perte...»].
- «Note. Cour de Cassation 17 de novembre de 2000», *JCP (La Semaine Juridique. Édition Générale)*, 2000 (50), pp. 2309-2312 [citado, «Note...»].

CHAPMAN, S.

- «Debating the question of "wrongful life"», *Medicine and Law*, 1982 (1), pp. 105-107.

COCA PAYERAS, M.

- «Voz "Concebido y no nacido" (Dº Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid 1995, pp. 1337-1338 [citado, «Concebido...»].
- «Voz "Contrato en favor de tercero" (Dº Civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid 1995, pp. 1639-1640 [citado, «Contrato...»].

COHEN, M.E.

- «Park v. Chessin: The continuing judicial development of the theory of "wrongful life"», *American Journal of Law & Medicine*, 1978 (4), pp. 211-232.

COLLINS, E.F.

- «An overview and analysis: prenatal torts, preconception torts, wrongful life, wrongful death, and wrongful birth: time for a new framework», *Journal of Family Law*, 1983-84 (22), pp. 677-711.

CONTE, M.

- «Dovere d'informazione e danno biologico: uno strano connubio», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1995 (2), pp. 662-673.

CORSARO, L.

- «Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Coordinado por J.A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid 2000, pp. 131-167.

COSCULLUELA MONTANER, L.

- *Manual de derecho administrativo*, 12ª edición, Civitas, Madrid 2001.

CRISTÓBAL MONTES, A.

- «La responsabilidad del deudor por sus auxiliares», *Anuario de Derecho Civil*, 1989, pp. 5-17.

CRUZ, P. DE

- *Comparative Healthcare law*, Cavendish Publishing Limited, London-Sydney 2001.

CUEVILLAS MATOZZI, I. DE

- *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000.

CUPIS, A. DE

- *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Traducción de la 2ª edición italiana por A. Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona 1975.

DAGORNE-LABBE, Y.

- «La responsabilité du médecin auteur d'informations erronées (Cass. civ. 1^{re}, 26 mars 1996, deux arrêts)», *Les Petites Affiches*, 1996 (147), pp. 22-25.

DANZEISEN, D.P. y REITLER, E.G.

- «Tort law: wrongful birth and wrongful life actions», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1988 (11), pp. 859-865.

DASSIO, M.

- «Il principio di irrisarcibilità della nascita indesiderata nell'ordinamento francese», en *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, A. D'Angelo, Giuffrè Editore, Milano 1999, pp. 99-120.

DEGUERGUE, M.

- «Les préjudices liés à la naissance», *Responsabilité civile et assurances*, 1998 (número especial), pp. 14-20.

DEUTSCH, E.

- «Neuere internationale Entwicklungen des Arztrechts und der Arzthaftung», *Versicherungsrecht*, 1982 (29), pp. 713-716 [citado, «Neuere...»].
- «Anmerkung BGH Urteil von 18.1.1983», *Juristen Zeitung*, 1983 (11/12), pp. 451-452 [citado, «Anmerkung...»].
- *Arztrecht und Arzneimittelrecht. Eine zusammenfassende Darstellung mit Fallbeispielen und Texten*, 2ª edición, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg-New York 1991 [citado, *Arztrecht...*].
- «Das Kind oder sein Unterhalt als Schaden – Eine methodische Grundfrage des geltenden Rechts», *Versicherungsrecht*, 1995, pp. 609-616 [citado, «Das Kind...»].
- *Medizinrecht. Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinprodukterrecht*, 4ª edición, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg 1999 [citado, *Medizinrecht...*].

DEWITT ROGERS, T. III

- «Wrongful life and wrongful birth: medical malpractice in genetic counseling and prenatal testing», *South Carolina Law Review*, 1982 (33), pp. 713-757.

DÍAZ-ALABART, S.

- «Artículo 1103», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz-Alabart, Tomo XV, vol. 1º, EDERSA, Madrid 1989, pp. 475-584.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.

- *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y derecho*, Aranzadi, Pamplona 1996 [citado, *El régimen...*].
- «Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2000», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2000, pp. 755-770 (mg. 1453) [citado, «Sentencia...»].

DICKENS, B.

- «Wrongful birth and life, wrongful death before birth and wrongful law», en *Legal issues in human reproduction*, Editado por S. A. M. McLean, Gower, Aldershot (Inglaterra) 1989, pp. 80-112.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.

- «La imposibilidad de abortar: un supuesto más de responsabilidad civil», *La ley*, 1998 (3), D-168, pp. 1700-1710.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.

- «Artículo 29», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Dirigidos por M. Albaladejo, Tomo I, EDERSA, Madrid 1978, pp. 807-815 [citado, «Artículo 29...»].
- «La responsabilidad civil hoy», *Anuario de Derecho Civil*, 1979, pp. 728-738 [citado, «La responsabilidad...»].
- *La representación en el Derecho privado*, Reimpresión, Civitas, Madrid 1992 [citado, *La representación...*].
- «Artículo 1257», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pp. 433-436 [citado, «Artículo 1257...»].
- *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Volumen I, 5ª edición, Civitas, Madrid 1996 [citado, *Fundamentos I...*].
- *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Volumen II, 5ª edición, Civitas, Madrid 1996 [citado, *Fundamentos II...*].
- «La justicia y el sistema de fuentes del Derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997 (I), pp. 205-218 [citado, «La justicia...»].
- *Derecho de daños*, Civitas, Madrid 1999 [citado: *Daños...*].
- «Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2000 (4), pp. 153-166 [citado, «Culpa y riesgo...»].
- «La culpa en la responsabilidad civil extracontractual», en *Estudios de Responsabilidad civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Coordinados por R. de Ángel Yáguez y M. Yzquierdo Tolsada, Dykinson-Ciudad Argentina, Madrid 2001, pp. 101-120 y en *Anuario de Derecho Civil*, 2001, pp. 1009-1027 [citado, «La culpa...»]; las citas en el texto se hacen sobre la paginación de la primera obra].

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.

- *Sistema de Derecho civil*, volumen I, 10ª edición, Tecnos, Madrid 2002 [citado, *Sistema I...*].
- *Sistema de Derecho civil*, volumen II, 9ª edición, Tecnos, Madrid 2001 [citado, *Sistema II...*].

DOBBS, D.B.

- *The law of torts*, West Group, St Paul (Minnesota) 2000.

DOMINGO, R.

- «El aborto en Alemania: (Observaciones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 28.5.1993)», *Cuadernos de Bioética*, 1994 (3º), pp. 213-220.

DONOVAN, P.

- «Wrongful birth and wrongful conception: the legal and moral issues», *Family Planning Perspectives*, 1984 (16), pp. 64-69.

DREYFUSS-NETTER, F.

- «Observations hétérodoxes sur la question du préjudice de l'enfant victime d'un handicap congénital non décelé pendant la grossesse», *Medicine et Droit*, 2001 (46), pp. 1-6.

DUGUET, A.M.

- «Wrongful life: the recent French Cour de Cassation decisions», *European Journal of Health Law*, 2002 (9), pp. 139-149.

DURAND DE BOUSINGEN, D.

- «France tightens disabled patient's rights to sue doctors», *The Lancet*, vol. 359, art. 9302, 19 enero 2002, p. 233.

EMALDI CIRIÓN, A.

- «La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos», *La Ley*, 2001 (5), D-142, pp. 1603-1612 [citado, «La responsabilidad...»].
- *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Publicaciones de la Cátedra interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano y Editorial Comares, Bilbao-Granada 2001 [citado, *El consejo...*].

EMANUEL, S. L.

- *Constitutional law*, Emanuel Publishing Corp., Larchmont 1997.

ENGELHARDT, H.

- «Kind als Schaden?», *Versicherungsrecht*, 1988 (21), pp. 540-544.

ESPÍAU ESPÍAU, S.

- «Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2000, pp. 1277-1287 (mg. 1481).

ESSER, J. y SCHMIDT, E.

- *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, Teilband 2, 7ª edición, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1993.

FERNÁNDEZ COSTALES, J.

- *La responsabilidad civil sanitaria (Médica y de enfermería)*, La Ley-Actualidad, Madrid 1995 [citado, *La responsabilidad...*].
- «En torno a la responsabilidad médica y a la responsabilidad patrimonial por daños causados al paciente», en *Estudios de Responsabilidad civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Coordinados por R. de Ángel Yáguez y M. Yzquierdo Tolsada, Dykinson-Ciudad Argentina, Madrid 2001, pp. 121-132 [citado, «Responsabilidad médica...»].

FERNÁNDEZ HIERRO, J.M.

- *Sistema de responsabilidad médica*, Comares, Granada 1997.

FERRANDO, G.

- «Nascita indesiderata, situazioni protette e danno risarcibile», en *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, A. D'Angelo, Giuffrè Editore, Milano 1999, pp. 209-244 [citado, «Nascita...»].
- *Libertà, responsabilità e procreazione*, CEDAM, Padova 1999 [citado, *Libertà*].

FINEL, L.

- «La responsabilité du médecin en matière de diagnostic des anomalies foetales», *Revue Trimestrielle de Droit Sanitaire et Social*, 1997, pp. 223-238.

FISCHER, G.

- «“Wrongful life”: Haftung für die Geburt eines behinderten Kindes – BGHZ 86, 240», *Zeitschrift für Studium und Praktische Ausbildung (JuS)*, 1984 (Heft 6), pp. 434-439.

FISCHER, G. y LILIE, H.

- *Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München 1999.

FORTUNÉ-CAVALIÉ, M.-L.

- «Responsabilité médicale et naissance d'enfant handicapé: vers “l'oeuf transparent”?», *Medicine et Droit*, 1998 (33), pp. 17-22.

FRANZKI, H.

- «Neue Dimensionen in der Arzthaftung: Schäden bei der Geburtshilfe und Wrongful life als Exponenten einer Entwicklung?», *Versicherungsrecht*, 1990 (31), pp. 1181-1185.

FUENTE, P. DE LA, y BAJO, J.M.

- «Exploración en el embarazo. Métodos de vigilancia del feto», en *Tratado de obstetricia y ginecología*, Volumen I, Dirigido por J.A. Usandizaga Beguiristáin y P. de la Fuente Pérez, McGraw Hill Interamericana, Madrid 1997, pp. 128-147 [citado, «Métodos...»].
- «Asistencia del embarazo. Diagnóstico prenatal», en *Tratado de obstetricia y ginecología*, Volumen I, Dirigido por J.A. Usandizaga Beguiristáin y P. de la Fuente Pérez, McGraw Hill Interamericana, Madrid 1997, pp. 167-173 [citado, «Diagnóstico...»].
- «Patología fetal. Malformaciones fetales», en *Tratado de obstetricia y ginecología*, Volumen I, Dirigido por J.A. Usandizaga Beguiristáin y P. de la Fuente Pérez, McGraw Hill Interamericana, Madrid 1997, pp. 335-341 [citado, «Malformaciones...»].

FUENTESECA, P.

- *Derecho privado romano*, E. Sánchez A. Gráficas S.L., Madrid 1978.

FURROW, B.R.

- «Diminished lives and malpractice: courts stalled in transition», *Law, Medicine & Health Care*, 1982 (10), pp. 100-107 y 114.

FURROW, B.R. (et al.)

- *Health law*, West Group, St. Paul (Minnesota) 2000.

GALÁN CORTÉS, J.C.

- «La acción de "wrongful birth" en nuestra jurisprudencia», *Revista Española de Medicina Legal*, 1998, XXII (84-85), pp. 10-14 [citado, «La acción...»].
- *La responsabilidad civil del médico*, Japyro Ediciones, Madrid 1999 [citado, *La responsabilidad...*].
- *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid 2001 [citado, *Consentimiento...*].

GALLAGHER, K.

- «Wrongful life: should the action be allowed?», *Louisiana Law Review*, 1987 (47), pp. 1319-1331.

GANTZ, J.

- «State statutory preclusion of wrongful birth relief: a troubling rewriting of a woman's right to choose and the doctor-patient relationship», *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, 1997 (4), pp. 795-826.

GARCÍA AMIGÓ, M.

- «Artículo 1112», en *Comentario del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pp. 71-73.

GARCÍA BLÁZQUEZ, M. y MOLINOS COBO, J.J.

- *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica (Aspectos jurídicos y médico-forenses)*, Comares, Granada 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R.

- *Curso de derecho administrativo II*, 8ª edición, Civitas, Madrid 2002.

GARCÍA LÓPEZ, R.

- *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona 1990.

GARCÍA RUBIO, M.ª P.

- «Sentencia del Tribunal Supremo de 20 mayo 1998», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1998, pp. 1207-1222 (mg. 1312). Hay que advertir que en el Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia esta misma sentencia aparece con fecha de 5 de junio (RJ 1998/4275).

GARCÍA SERRANO, F. DE A.

- «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», *Anuario de Derecho Civil*, 1972, pp. 799-851.

GARCÍA VARELA, R.

- «El diagnóstico del síndrome de Down y la responsabilidad médica», *La Ley*, 1997 (D-266), pp. 1776-1777.

GARRIDO DE PALMA, V.M.

- «El derecho civil, protector del ser humano», *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 1359-1375.

GARRIDO FALLA, F.

- «Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1997 (94), pp. 173-188.

GAUTIER, P.-Y.

- «“Les distances du juge”. À propos d’un débat éthique sur la responsabilité civile», *JCP (La Semaine Juridique. Édition Générale)*, 10 enero 2001 (nº2), I 287, pp. 66-68.

GHESTIN, J.

- *Traité de droit civil. Les obligations. Les effets du contrat*, París 1992.

GIESEN, D.

- *International medical malpractice law. A comparative law study of civil liability arising from medical care*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1988 [citado, *International...*].
- «Schadenbegriff und Menschenwürde. Zur schadenrechtlichen Qualifikation der Unterhaltspflicht für ein ungewolltes Kind», *Juristen Zeitung*, 1994 (6), pp. 286-292 [citado, «Schadenbegriff...»].

GILLON, R.

- «“Wrongful life” claims», *Journal of Medical Ethics*, 1998 (24), pp. 363-364.

GITRAMA GONZÁLEZ, M.

- «Configuración jurídica de los servicios médicos», en *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Profesor Ignacio Serrano y Serrano*, Tomo I, Universidad de Valladolid, Valladolid 1965, pp. 325-373.

GOLD, S.S.

- «An equality approach to wrongful birth statutes», *Fordham Law Review*, 1996, pp. 1005-1041.

GOMBAULT, N.

- «La responsabilité de l'échographiste du fait de l'absence de dépistage de malformations sur un fœtus», *Gazette du Palais*, 1996 (196-198), pp. 73-78.

GÓMEZ CALLE, E.

- «Voz "Caso fortuito (Dº civil)"», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Civitas, Madrid 1995, pp. 949-950 [citado, «Caso fortuito...»].
- «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario», *Anuario de Derecho Civil*, 1998, pp. 1694-1765 [citado, «El fundamento...»].
- «Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1998», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1998, pp. 1177-1198 (mg. 1310) [citado, «Sentencia...»].
- «Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno», en *Tratado de responsabilidad civil*, Coordinado por L.F. Reglero Campos, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2002, pp. 395-444 [citado, «Los sujetos...»].

GÓMEZ PAVÓN, P.

- *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Bosch, Barcelona 1997.

GÓMEZ POMAR, F.

- «Daño moral», *www.indret.com*, 01/2000, pp. 1-14 [según la paginación del documento RTF].

GONZÁLEZ, A.

- «Asistencia del embarazo. Cuidados prenatales», en *Tratado de obstetricia y ginecología*, Volumen I, Dirigido por J.A. Usandizaga Beguiristáin y P. de la Fuente Pérez, McGraw Hill Interamericana, Madrid 1997, pp. 156-166.

GONZÁLEZ MORÁN, L.

- *La responsabilidad civil del médico*, Bosch, Barcelona 1990.

GRUBB, A.

- «Problems of medical law», en Markesinis/Deakin, *Tort law*, 4ª edición, Clarendon Press, Oxford 1999, pp. 238-297.

GUTIÉRREZ LUNA, M.

- *La responsabilidad de médicos y sanitarios*, Tipografía Castillo, Algeciras 1992.

HARRER, H.

- *Zivilrechtliche Haftung bei durchkreutzter Familienplanung*, Verlag Peter Lang, Frankfurt-Bern-New York-Paris 1989.

HAUBERICH, S.

- *Haftung für neues Leben im deutschen und englischen Recht (eine Darstellung am Beispiel der unerwünschten Geburt eines gesunden Kindes)*, Springer, Heidelberg 1998.

HAUSER, J.

- «Un nouveau droit de la personnalité: le droit de ne pas naître?», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1995 (94), p. 863.

HAUSER, J. y HUET-WEILLER, D.

- «Des droits avant la naissance et après la mort», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1991 (90), p. 706.

HOYA COROMINA, J.

- «La valoración del daño corporal», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Coordinado por J.A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid 2000, pp. 253-293.

HURTADO MARTÍNEZ, J.A.

- «Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2002 (3), pp. 175-196.

ILLESCAS RUS, A.V.

- «El daño moral estricto», en *Valoración judicial de Daños y perjuicios II*, Director J. Fernández Entralgo, CGPJ, Madrid 1999, pp. 227-327.

JACKSON, A.

- «Action for wrongful life, wrongful pregnancy, and wrongful birth in the United States and England», *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Journal*, 1995 (17), pp. 535-613 [citado, «Action...»].
- «Wrongful life and wrongful birth. The English conception», *The Journal of Legal Medicine*, 1996 (17), pp. 349-381 [citado, «Wrongful...»].

JAKOBS, G.

- *La imputación objetiva en Derecho penal*, Estudio preliminar de C. Suárez González y M. Cancio Meliá, Traducción de M. Cancio Meliá, Civitas, Madrid 1996.

JONAS, C.

- «L'enfant préjudice», *Medicine et Droit*, 1997 (26), pp. 15-18.

JONES, M.A.

- «Breach of duty», en *Principles of medical law*, Kennedy/Grubb, Oxford University Press, Somerset 1998, pp. 335-398.

JORDANO FRAGA, F.

- *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid 1994.

JOURDAIN, P.

- «La naissance d'un enfant peut-elle engendrer un préjudice indemnisable pour la mère en cas d'interruption volontaire de grossesse pratiquée sans succès?», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1991, 90 (4), pp. 753-756 [citado, «La naissance...»].
- «Le préjudice résultant de la naissance d'un enfant atteint d'un handicap congénital», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1996 (95), pp. 623-626 [citado, «Le préjudice...»].

- *Les principes de la responsabilité civile*, 4ª edición, Dalloz, Paris 1998 [citado, *Principes...*].
- «Réflexions sur un malentendu. Note Cour de Cassation, ass. plén. 17 nov. 2000», *Le Dalloz*, 2001 (4), pp. 336-339 [citado, «Réflexions...»].

KAYSER, P.

- «Un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sans fondement juridique?», *Le Dalloz*, 2001 (24), pp. 1889-1992.

KEASLER FOUTZ, T.

- «“Wrongful life”: the right not to be born», *Tulane Law Review*, 1980 (54), pp. 480-499.

KELLEY, P.J.

- «Wrongful life, wrongful birth, and justice in tort law», *Washington University Law Quarterly*, 1979 (4), pp. 919-963.

KELLY, M.

- «The rightful position in “wrongful life” actions», *Hastings Law Journal*, 1991 (42), pp. 505-590.

KENNEDY, I. y GRUBB, A.

- *Principles of medical law*, Oxford University Press, Somerset 1998 [citado, *Principles...*].
- *Medical Law*, 3ª edición, Butterworths, London-Edinburgh-Dublin 2000 [citado, *Medical...*].

KÖTZ, H. y WAGNER, G.

- *Deliktsrecht*, 9ª edición, Luchterhand, Neuwied 2001.

KOZIOL, H. (et al.)

- *Unification of tort law: wrongfulness*, Editado por H. Koziol, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston 1998.

LACRUZ BERDEJO, J.L.

- «La gestión de negocios ajenos sin mandato», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1975, pp. 245-270.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (et al.)

- *Elementos de Derecho Civil I*, Volumen segundo, 2ª edición Revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid 2000 [citado, *Elementos I-2*].
- *Elementos de Derecho Civil II*, Volumen primero, 2ª edición Revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Dykinson, Madrid 2000 [citado, *Elementos II-1...*].
- *Elementos de Derecho Civil II*, Volumen segundo, Nueva edición Revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández, Dykinson, Madrid 1999 [citado, *Elementos II-2*].

LANKERS, W.

- «Zur Abwälzung von Unterhaltskosten», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1969 (7/8), pp. 384-388.

LARENZ, K.

- *Lehrbuch des Schuldrechts, Band I. Allgemeiner Teil*, 14ª edición, Verlag C.H. Beck, München 1987.

LARENZ, K. y CANARIS, C.W.

- *Lehrbuch des Schuldrechts. Band II, Halbband 2. Besonderer Teil*, 13ª edición, Verlag C.H. Beck, München 1994.

LAUFS, A.

- «Haftung für Nachkommenschaftsschäden nach § 823 BGB», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1965, pp. 1053-1057 [citado, «Haftung...»].
- «Schädliche Geburten – und kein Ende», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1998 (12), pp. 796-798 [citado, «Schädliche...»].

LAUFS, A., UHLENBRUCK, W. (et al.)

- *Handbuch des Arztrechts*, 3ª edición, Verlag C.H. Beck, München 2002 (citado como LAUFS/UHLENBRUCK).

LILIE, H.

- «Eugenic abortion», en *Biotechnology, law and bioethics comparative perspectives*, Editado por C.M.^a Romeo Casabona, Bruylant, Bruxelles 1999, pp. 191-205.

LLAMAS POMBO, E.

- «Sentencia del Tribunal Supremo de 25 abril de 1994», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1994 (36), pp. 1005-1019 (mg. 965) [citado, «Sentencia...»].
- *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid 1988 [citado, *La responsabilidad...*].
- «Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Coordinado por J.A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid 2000, pp. 297-319 [citado, «Responsabilidad médica...»].

LUCIANI, A.-M.

- «La notion de dommage a l'épreuve du handicap congénital», *Les Petites Affiches*, 1997 (77), pp. 17-21.

LUNNEY, M. y OLIPHANT, K.

- *Tort law. Text and materials*, Oxford University Press, Cornwall 2000.

LUPOI, M.; DE MATTEIS, R.; DASSIO, M.; BRUNETTA D'USSEAUX, F.; D'ANGELO, A.; BREGANTE, L. y FERRANDO, G.

- «Un bambino non voluto è un danno risarcibile? Presentazione del distillato dell'Alambicco», en *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, A. D'Angelo, Giuffrè Editore, Milano 1999, pp. 11-69.

LYSAUGHT, M.T.

- «Wrongful life? The strange case of Nicholas Perruche», *Commonweal*, 22 marzo 2002 (129), pp. 9-11.

MAGNUS, U. (*et al.*)

- *Unification of tort law: Damages*, Editado por U. Magnus, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston 2001.

MALAURIE, P. y AYNES, L.

- *Droit civil. Les obligations*, 10ª edición, Éditions Cujas, Paris 1999.

MALICIER, D.; MIRAS, A.; FEUGLET, P. y FAIVRE, P.

- *La responsabilité médicale. Données actuelles*, 2ª edición, Editions Eska-Editions Lacassagne, Paris 1999.

MANNSDORFER, T.M.

- «Responsabilidad por lesiones prenatales. Fundamento, wrongful life y tendencias (especial atención al derecho suizo)», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2001, nº 15, pp. 85-119.

MARASCO, P.G.

- «Danno psichico: oltre la malattia mentale?», *Contratto e impresa*, 2000 (1), pp. 321-339.

MARÍN LÓPEZ, J.J.

- «Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2000», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2001, pp. 467-489 (mg. 1511).

MARKESINIS, B.S. y DEAKIN, S.F.

- *Tort law*, 4ª edición, Clarendon Press, Oxford 1999.

MARKESINIS, B.S. y UNBERATH, H.

- *The German law of torts. A comparative treatise*, 4ª edición, Hart Publishing, Oxford-Portland (Oregón) 2002.

MARTÍN BERNAL, J.M.

- *La estipulación a favor de tercero*, Montecorvo, Madrid 1985 [citado, *La estipulación...*].
- *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes. Problemática jurídica de la relación médico-paciente*, La Ley-Actualidad, Madrid 1998 [citado, *Responsabilidad...*].

MARTÍN CASALS, M.

- «Wrongful conception and wrongful birth cases in Spanish law: two wrongs in search of a right», en *European Tort Law. Liber amicorum for Helmut Koziol*, Peter Lang, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien 2000, pp. 179-208.

MARTÍN CASALS, M. y SALVADOR CODERCH, P.

- «Sentencia del Tribunal Supremo de 18 abril 1989», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1989, pp. 751-765 (mg. 539).

MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J.

- «Responsabilidad civil por anticoncepción fallida (wrongful conception)», *La Ley*, 2001 (2), D-45, pp. 1640-1648 [citado, «Responsabilidad...»].
- «Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos», *www.indret.com*, 03/2001, pp. 1-16 [citado, «Anticoncepciones...», según la paginación del documento RTF].
- «Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2002», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2002, pp. 1097-1121 (mg. 1627) [citado, «Sentencia...»].

MARTÍN REBOLLO, L.

- «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», *Documentación Administrativa*, 1994 (237-238), pp. 11-104 [citado, «Estado de la cuestión...»].
- «Voz "Causalidad (Dº Administrativo)"», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Civitas, Madrid 1995, pp. 970-973 [citado, «Causalidad...», *EJB*].
- «Voz "Imputación (Dº Administrativo)"», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid 1995, pp. 3460-3464 [citado, «Imputación...», *EJB*].
- «Voz "Lesión (Dº Administrativo)"», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid 1995, pp. 3973-3974 [citado, «Lesión...», *EJB*].
- «Voz "Responsabilidad de la Administración (Dº Administrativo)"», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Civitas, Madrid 1995, pp. 5926-5932 [citado, «Responsabilidad...», *EJB*].
- «La responsabilidad de las Administraciones Públicas en España: Nota introductoria», en *Cuadernos de Derecho Judicial (XIV)*, CGPJ, 1996, pp. 13-23. [citado, «Nota...»].
- «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2000 (4), pp. 273-316 [citado, «Ayer y hoy...»].

MARTÍNEZ-CALCERRADA y GÓMEZ, L.

- *La responsabilidad civil del profesional*, 2ª edición, Cóllex, Madrid 1999 [citado, *La responsabilidad...*].
- «Problemática sobre el informe "Perruche"», *Diario La Ley*, 13 de enero de 2003, pp. 1-4 [citado, «Problemática...»].

MATHIEU, B.

- «Note. Conseil d'État de 14 de febrero de 1997», *Revue Française de Droit Administratif*, 1997 (1-3), pp. 382-388.

MATTEI, J.-F.

- «Trisomie 21. Naître ou ne pas naître?», *Études (Revue mensuelle)*, 1997 (386), pp. 751-757.

MAZEAUD, D.

- «Réflexions sur un malentendu. Note Cour de Cassation, ass. plén. 17 nov. 2000», *Le Dalloz*, 2001 (4), pp. 332-336.

MAZEAUD, H. et L. y MAZEAUD, J.

- *Lecciones de derecho civil*, Parte Segunda, Volumen II, Traducción de L. Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1960.

MAZEAUD, H. et L.; MAZEAUD, J. y CHABAS, F.

- *Leçons de Droit civil*, Tomo II, Volumen I, 9ª edición (a cargo de F. Chabas), Montchrestien, París 1998.

MAZEAUD, H. et L. y TUNC, A.

- *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo Primero, Volumen I, Traducción de la 5ª edición de L. Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1961 [citado, *Tratado I...*].
- *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo Segundo, Volumen II, Traducción de la 5ª edición de L. Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1963 [citado, *Tratado II...*].

MEDICUS, D.

- *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 13ª edición, Verlag C.H.Beck, München 2002 [citado, *Allgemeiner...*].
- *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 9ª edición, Verlag C.H.Beck, München 1999 [citado, *Besonderer...*].

MEDINA CRESPO, M.

- *La valoración civil del Daño corporal. Bases para un tratado (Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95. Doctrina y jurisprudencia)*, Tomo I, Dykinson, Madrid 1999.

MELENNEC, L. y SICARD, J.

- *La responsabilité civile du médecin*, Editions Générales Graphiques, Paris 1978.

MEMETEAU, G.

- «L'action de vie dommageable», *JCP (La Semaine Juridique. Édition Générale)*, 2000 (50), pp. 2275-2280.

MERKEL, R.

- «“Wrongful birth- wrongful life”: die menschliche Existenz als Schaden?», en *Verantwortung in Recht und Moral. Referate der Tagung der deutschen Sektion der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 2. Bis 3. Oktober 1998 in Frankfurt am Main*, Herausgegeben von U. Neumann und L. Schulz, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2000, pp. 173-192.

MERTENS, H.-J.

- «Ein Kind als Schadensfall?», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1969 (5), pp. 251-256.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.^a

- «Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente», *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 1501-1514 [citado, «Observaciones...»].
- «La responsabilidad civil contractual y extracontractual: distinción y consecuencias», en *Jornadas sobre responsabilidad civil organizadas por el Consejo General del Poder Judicial*, CGPJ, Madrid 1993, pp. 61-78 [citado, «La responsabilidad...»].
- «Voz “Representación legal”», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Volumen IV, Civitas, Madrid 1995, pp. 5827-5828.
- «Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997 (1), pp. 297-326 [citado, «Cláusulas...»].

MIR PUIG, S.

- *Derecho penal. Parte general*, 5ª edición, Repperter, Barcelona 1998.

MONATERI, P.G.

- «“La marque de Caïn”. La vita sbagliata, la vita indesiderata, e le reazioni del comparatista al distillato dell’Alambico», en *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, A. D’Angelo, Giuffrè Editore, Milano 1999, pp. 285-302 [citado, «La marque...»].
- «“Alle soglie”: la prima vittoria in cassazione del danno esistenziale», *Danno e responsabilità*, 2000 (8-9), pp. 836-841 [citado, «Alle soglie...»].

MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J.I.

- «Título X», en *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo* (AAVV), Aranzadi, Elcano 2000, pp. 963-1064.

MORENO FLÓREZ, R.M.^a

- «¿Concurrencia de culpas o concurrencia de causas?», *Actualidad civil*, 1986 (33), p. 2293-2310.

MUÑIZ ESPADA, E.

- «Naturaleza jurídica del llamado contrato para persona a designar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1999, pp. 1971-2007.

MÚRTULA LAFUENTE, V.

- «La responsabilidad patrimonial de la Administración por contagio del virus del SIDA a través de transfusión de sangre [comentario a la STS (Sala 1.ª) de 28 de diciembre de 1998]», *Anuario de Derecho Civil*, 1999, pp. 1713-1726.

NART FERNÁNDEZ, I.

- «Notas sobre los contratos a favor de tercero», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1950 (5), pp. 449-488.

NOVELLINO, N.J.

- «La procreación indeseada atribuida a mala praxis médica y la responsabilidad por daños», en *Derecho de daños. Daños en el derecho de familia*, Cuarta Parte (A), Ediciones La Rocca, Buenos Aires 2000, pp. 191-235 [citado, «La procreación...»].
- «Responsabilidad por transmisión de enfermedades a los hijos», en *Derecho de daños. Daños en el derecho de familia*, Cuarta Parte (A), Ediciones La Rocca, Buenos Aires 2000, pp. 237-266 [citado, «Responsabilidad...»].

OSTHEIDE, S.

- *Die schadenersatzrechtliche Problematik des unerwünschten Kindes im deutschen Zivilrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2000.

PACE, D.H.

- «The treatment of injury in wrongful life claims», *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 1986 (20), pp. 145-166.

PALMERINI, E.

- «Autonomia v. responsabilità nella procreazione: a proposito di *caesarian sections* e giudici inglesi», *Rivista di diritto civile*, 2000 (4), pp. 581-607 [citado, «Autonomia...»].
- «Note di commento: Il diritto a nascere sani e il rovescio della medaglia: esiste un diritto a non nascere affatto?», *La Nuova Giurisprudenza Civile Comentata*, 2001 (2), pp. 210-215 [citado, «Note...»].

PALMIERI, A.

- «Nota a las Sentencias de la Corte di Cassazione di 24 marzo 1999 y del Tribunale di Perugia di 7 settembre 1998», *Foro Italiano*, 1999, pp. 1804-1815.

PANTALEÓN PRIETO, A.F.

- *Del concepto de daño. Hacia una teoría general del derecho de daños*, Tesis inédita, Universidad Autónoma de Madrid, 1981 [citado, *Tesis...*].
- «Sentencia del Tribunal Supremo de 25 junio 1983», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1983, pp. 789-799 (mg. 70) [citado, «25 de junio de 1983»].
- «Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte», *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 1567-1585 [citado, «Diálogo...»].
- «Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1983», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1983, pp. 405-417 (mg. 36) [citado, «8 de febrero de 1983»].
- «Procreación artificial y responsabilidad civil», en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana (II Congreso mundial vasco)*, Editorial Trivium, Madrid 1988, pp. 245-317 [citado, «Procreación...»].
- «Cesión de créditos», *Anuario de Derecho Civil*, 1988, pp. 1033-1131 [citado, «Cesión...»].
- «La indemnización por causa de lesiones o de muerte», *Anuario de Derecho Civil*, 1989, pp. 613-651 [citado, «La indemnización...»].

- «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil*, vol. II, Centro de estudios Ramón-Areces, Madrid 1990, pp. 1561-1591 [citado, «Causalidad...»].
- «El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 1019-1091 [citado, «El sistema...»].
- «Artículo 1526», en *Comentario del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pp. 1019-1025 [citado, «Artículo 1526...»].
- «Artículo 1902», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2ª edición, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pp. 1971-2003 [citado, «Artículo 1902...»].
- «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, 1994 (237-238), pp. 239-253 [citado, «Los anteojos...»].
- *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración. (Hacia una revisión del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas)*, Civitas, Madrid 1995 [citado, *Responsabilidad médica...*].
- «Voz "Daño (Dº civil)"», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid 1995, pp. 1896-1899 [citado, «Daño..., EJB»].
- «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996 (XIV), pp. 25-44; también en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1996 (91), pp. 403-413 [citado, «Responsabilidad patrimonial...»; la cita en el texto se hace sobre la paginación de la primera obra mencionada].
- «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Coordinado por J.A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid 2000, pp. 439-465. *Idem*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2000 (4), pp. 167-191 y en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Dykinson-Ciudad Argentina, Madrid 2001 [citado, «Cómo repensar...»; la cita en el texto se hace sobre la paginación de la primera obra mencionada].

PARADA VÁZQUEZ, R.

- *Derecho administrativo I. Parte general*, 13ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2002.

PARRA LUCÁN, M.ª A.

- *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, Barcelona 1990 [citado, *Daños...*].
- «Sentencia del Tribunal Supremo de 19 junio 1990», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1990, pp. 861-872 (mg. 625) [citado, «19 de junio de 1990». Hay que advertir que en el Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia esta misma sentencia aparece con fecha de 6 de julio de 1990 (RJ 1990/5780)].
- «Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1994», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1994, pp. 569-591 (mg. 935) [citado, «15 de febrero de 1994»].
- «La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales», en *Tratado de responsabilidad civil*,

Coordinado por L.F. Reglero Campos, Aranzadi, Elcano (Navarra) 2002, pp. 1175-1259 [citado, «La responsabilidad...»].

PECRESSE, V.

- «Le préjudice résultant de la naissance d'un enfant trisomique (Conseil d'État, Section, 14 février 1997)», *Revue Française de Droit Administratif*, 1997 (1-3), pp. 374-381.

PENNEAU, J.

- *La responsabilité médicale*, Éditions Sirey, Toulouse 1977 [citado, *Médicale...*].
- *La responsabilité du médecin*, 2ª edición, Dalloz, París 1996 [citado, *Médecin...*].

PÉREZ GARCÍA, P.A.

- *La información en la contratación privada. En torno al deber de informar en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid 1990.

PÉREZ-TENESSA, A.

- «Sobre el diagnóstico prenatal como causa de responsabilidad», *Revista de Administración Pública*, 2001 (154), pp. 47-61.

PETERS, J.D. y PETERS, B.M.

- «Wrongful life: recognizing the defective child's right to a cause of action», *Duquesne Law Review*, 1980 (18), pp. 857-876.

PICKER, E.

- «Schadensersatz für das unerwünschte Kind ("Wrongful birth"). Medizinischer Fortschritt als zivilisatorischer Rückschritt?», *Archiv für die Civilistische Praxis*, 1995 (195), pp. 483-547 [citado, como «Wrongful birth...»].
- *Schadensersatz für das unerwünschte eigene Leben. "Wrongful life"*, Mohr Siebeck, Tübingen 1995 [citado, *Wrongful life...*].

PLAZA PENADÉS, J.

- *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Aranzadi, Elcano (Navarra) 2002.

PLOSCOWE, M.

- «An action for "wrongful life"», *New York University Law Review*, 1963 (38), pp. 1078-1080.

POZZO, B.

- «Wrongful birth in Italy», *European Review of Private Law*, 1992 (2), pp. 251-256.

PROSSER, W.L. y KEATON, W.P. (et al.)

- *The law of torts*, 5ª edición, West Publishing Co., St. Paul (Minnesota) 1984.

QUASS, G.

- «Wrongful birth – Schadensersatz für Unterhaltsverpflichtung gegenüber einem unerwünschten Kind bei mißlungener Sterilisation und Schutzbereich des Behandlungsvertrages», *Medizinrecht*, 1997, pp. 360-364.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F.

- «Sentencia del Tribunal Supremo de 30 julio de 1999», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2000 (52), pp. 153-163 (mg. 1416).

REGLERO CAMPOS, L.F.

- «Conceptos generales y elementos de delimitación», en *Tratado de responsabilidad civil*, Coordinado por L.F. Reglero Campos, Aranzadi, Elcano (Navarra) 2002, pp. 45-162 [citado, «Conceptos...»].
- «Los sistemas de responsabilidad civil», en *Tratado de Responsabilidad civil*, Coordinado por L.F. Reglero Campos, Aranzadi, Elcano (Navarra) 2002, pp. 163-200 [citado, «Los sistemas...»].
- «El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas», en *Tratado de responsabilidad civil*, Coordinado por L.F. Reglero Campos, Aranzadi, Elcano (Navarra) 2002, pp. 285-394 [citado, «El nexo...»].
- «El seguro de responsabilidad civil», en *Tratado de Responsabilidad civil*, Coordinado por L.F. Reglero Campos, Aranzadi, Elcano (Navarra) 2002, pp. 603-713 [citado, «El seguro...»].

REINHART, A.

- «“Wrongful life” – gibt es ein Recht auf Nichtexistenz», *Versicherungsrecht*, 2001 (25), pp. 1081-1088.

RIVERA FERNÁNDEZ, M.

- «El conflicto jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública derivada de la asistencia sanitaria», *Anuario de Derecho Civil*, 2002, pp. 1609-1675.

ROCA, M.J.

- «¿Resarcimiento de daños por el hijo nacido tras una esterilización?», *La Ley*, 1998-5, D-271, pp. 1746-1749.

ROCA SASTRE, R.M.^a

- *Estudios de Derecho privado*, Volumen I-1, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948 (Capítulo VI, en colaboración con J. Puig Brutau) [citado, *Volumen I-1...*].
- *Estudios de Derecho privado*, Volumen I-2, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948 (Capítulo XIII, en colaboración con J. Puig Brutau) [citado, *Volumen I-2...*].

ROCA TRÍAS, E.

- «La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional», en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción huma-*

na (*II Congreso mundial vasco*), Editorial Trivium, Madrid 1988, pp. 17-50 [citado, «La incidencia...»].

- «Artículo 29», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pp. 223-228 [citado, «Artículo 29...»].

- «Artículo 30», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pp. 228-231 [citado, «Artículo 30...»].

- *Derecho de daños. Textos y materiales*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia 1998 [citado, *Derecho...*].

- «Reproduction rights and eugenics», en *Biotechnology, law and bioethics comparative perspectives*, Editado por C.M.^a Romeo Casabona, Bruylant, Bruxelles 1999, pp. 143-181 [citado, «Reproduction...»].

- «La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», en *Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio*, Coordinado por J.A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid 2000, pp. 533-563 [citado, «La responsabilidad...»].

ROGERS, W.V.H.

- *Winfield and Jolowicz on tort*, 15ª edición, Sweet & Maxwell, London 1998.

ROMEO CASABONA, C.M.

- *El médico ante el derecho*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid 1985 [citado, *El médico...*].

- «Aspectos jurídicos del consejo genético», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1994 (1), pp. 153-177; también en inglés en *Biotechnology, law and bioethics comparative perspectives*, Editado por C.M. Romeo Casabona, Bruylant, Bruxelles 1999, pp. 67-91 [citado, «Aspectos...»]; la cita en el texto se hace sobre la paginación de la primera obra mencionada].

- «Landesbericht Spanien», en Fischer/Lilie, *Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München 1999, pp. 335-361 [citado, «Landesbericht...»].

ROMEO MALANDA, S.

- «Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes, Parte I», *Diario La Ley*, 23 de enero de 2003, pp. 1-6 [citado, «Parte I»].

- «Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes, Parte II», *Diario La Ley*, 24 de enero de 2003, pp. 1-7 [citado, «Parte II»].

ROMERO COLOMA, A.M.^a

- *La medicina ante los derechos del paciente*, Montecorvo, Madrid 2002 [citado, *La medicina...*].

- «La responsabilidad de la Administración pública sanitaria: imputación y relación de causalidad. En torno a la sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2001», *Revista española de Derecho Administrativo*, 2003 (117), pp. 115-130 [citado, «La responsabilidad...»].

ROTH, A.

- «Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden?», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994 (37), pp. 2402-2404.

ROXIN, C.

- *Derecho Penal. Parte general*, Tomo I, Traducción y notas de D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Civitas, Madrid 1997.

RUBIO LLORENTE, F. (et al.)

- *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Ariel Derecho, Barcelona 1995.

RUIZ LARREA, N.

- «“El daño de procreación”: ¿Un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?», *La ley*, 1998 (1), D-62, pp. 2039-2046.

SAINTE-ROSE, J.

- «La réparation du préjudice de l'enfant empêché de ne pas naître handicapé. Conclusions orales prises dans l'affaire P...», *Le Dalloz*, 2001 (4), pp. 316-320.

SALVADOR CODERCH, P.

- «Causalidad y responsabilidad», *www.indret.com*, 03/2002, pp. 1-23 [según la paginación del documento RTF].

SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M.^a T.

- *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid 1997.

SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C.I.

- «Respondeat superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización», *www.indret.com*, 03/2002, pp. 1-22 [según la paginación del documento RTF].

SALVADOR CODERCH, P.; GÓMEZ LIGÜERRE, C.I.; RUIZ GARCÍA, J.A.; RUBÍ PUIG, A. y PIÑEIRO SALGUERO, J.

- «Respondeat superior I», *www.indret.com*, 02/2002, pp. 1-19 [según la paginación del documento RTF].

SALVADOR CODERCH, P. y RUIZ GARCÍA, J.A.

- «Negligencia, causalidad y responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas. Nota a las SSTs, 3^a, 24-7-2001 (La Ley 5391 y 5392)», *www.indret.com*, 01/2002, pp. 1-7 [según la paginación del documento RTF].

SALVADOR CODERCH, P. y SOLÉ FELIU, J.

- *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Madrid 1999.

SALVADOR CODERCH, P.; SOLÉ FELIU, J.; SEUBA TORREBLANCA, J.C.; RUIZ GARCÍA, J.A.; CARRASCO MARTÍN, J. y LUNA YERGA, A.

- «Los riesgos del desarrollo (Ministerio de Sanidad y Consumo. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 26-28 de febrero de 2001)», *www.indret.com*, 01/2001, pp. 1-30 [según la paginación del documento RTF].

SANCHEZ GOMEZ, A.

- «Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1997», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1997, pp. 1059-1078 (mg. 1220) [citado, «Sentencia...»].
- *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid 1998 [citado, *Contrato...*].

SANTOS BRIZ, J.

- *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, 7ª edición, Montecorvo, Madrid 1993 [citado, *La responsabilidad...*].
- «Unidad de concepto de la culpa civil», en *Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio*, Coordinado por J.A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid 2000, pp. 587-604 [citado, «Unidad...»].
- *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Montecorvo, Madrid 2001 [citado, *Temas...*].

SARGOS, M.P.

- «Réparation du préjudice personnel de l'enfant handicapé lorsque son handicap a été contracté *in utero*. Rapport sur l'arrêt de la Cour de Cassation 17 novembre 2000», *JCP (La Semaine Juridique. Édition Générale)*, 2000 (50), pp. 2293-2302.

SCHÄFER, H.-B. y OTT, C.

- *Manual de análisis económico del derecho civil*, Traducción de M. von Carstenn-Lichterfelde, Tecnos, Madrid 1991.

SCHÜNEMANN, H.

- «Schadenersatz für mißgebildete Kinder bei fehlerhafter genetischer Beratung Schwangerer?», *Juristen Zeitung*, 1981 (17), pp. 574-577.

SERIAUX, A.

- *Droit des obligations*, PUF, Paris 1992 [citado, *Droit...*].
- «Jurisprudence Perruche: une proposition de loi ambiguë», *Le Dalloz*, 14 de febrero de 2002, nº 7 (7060), pp. 579-580 [citado, «Jurisprudence...»].

SEUBA TORREBLANCA, J.C.

- «Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2001», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2001, pp. 719-744 (mg. 1527) [citado, «Sentencia...»].
- «Breve presentación de la Ley francesa 2002-303, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario», *www.indret.com*, 02/2002, pp. 1-6 [citado, «Presentación...», según la paginación del documento RTF].

- SEUBA TORREBLANCA, J.C., RAMOS GONZÁLEZ, S. y LUNA YERGA, A.
 - «Falsos positivos. La responsabilidad civil derivada del diagnóstico erróneo de enfermedades», *www.indret.com*, 3/2002, pp. 1-13 [según la paginación del documento RTF].
- SEYMOUR, J.
 - *Childbirth and the law*, Oxford University Press, Cornwall 2000.
- SHAPIRA, A.
 - «“Wrongful life” lawsuits for faulty genetic counselling: should the impaired newborn be entitled to sue?», *Journal of Medical Ethics*, 1998 (24), pp. 369-375.
- SIERRA PÉREZ, I.
 - *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, Montecorvo, Madrid 1997.
- SOLA, C. DE
 - «Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto (I)», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1994 (1), pp. 179-190.
- SONNENBERGER, H.J.
 - «Ersatzansprüche trotz pränataler Schäden nach ärztlicher Fehldiagnose ausgetragener Kinder», *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2001 (21), pp. 1414-1420.
- SPIER, J., HAAZEN, K. (et al.)
 - *Unification of Tort Law: Causation*, Editado por J. Spier, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston 2000.
- STEINBOCK, B.
 - «The logical case for “wrongful life”», *Hastings Center Report*, 1986, pp. 15-20.
- STERN, K.
 - «Confidentiality and medical records», en *Principles of medical law*, Kennedy/Grubb, Oxford University Press, Somerset 1998, pp. 495-545.
- STRASSER, M.
 - «Misconceptions and wrongful births: a call for a principled jurisprudence», *Arizona State Law Journal*, 1999 (31), pp. 161-202.
- STÜRNER, R.
 - «Das Bundesverfassungsgericht und das frühe menschliche Leben – Schadensdogmatik als Ausformung humaner Rechtskultur?», *Juristen Zeitung*, 1998 (7), pp. 317-330.
- SUNSTEIN, C.R.
 - *The partial constitution*, Harvard University Press, Cambridge-London 1993.

SYMMONS, C.R.

- «Policy factors in actions for wrongful birth», *Modern Law Review*, 1987 (3), pp. 269-306.

TAUB, S.

- «Wrongful life – its problems are not just semantic: a reply to Furrow», *Law, Medicine & Health Care*, 1982 (10), pp. 208-215.

TEDESCHI, G.

- «On tort liability for “Wrongful life”», *Israel Law Review Association*, 1966 (4), pp. 515-538.

TEFF, H.

- «The action for “wrongful life” in England and the United States», *International and Comparative Law Quarterly*, 1985 (vol.34, part 3), pp. 423-441.

TERRE, F.

- «Le prix de la vie», *JCP (La Semaine Juridique. Édition Générale)*, 13 diciembre de 2000 (50), pp. 2267-2268.

TERRE, F.; SIMLER, P. y LEQUETTE, Y.

- *Droit civil. Les obligations*, 7ª edición, Dalloz, París 1999.

THOUVENIN, D.

- *La détection des anomalies fœtales, Tomo 2 (Analyse juridique)*, CTNERHI, París 1995.

THÜR, R.

- *Schadensersatz bei durchkreutzter Familienplanung (unter Berücksichtigung der Rechtsprechung in Deutschland, England und den USA)*, Altstätten S.G., Zürich 1996.

TORRALBA SORIANO, O.V.

- «La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», *Anuario de Derecho Civil*, 1971, pp. 1143-1166.

TOURNEAU, P. LE y CADIET, L.

- *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, París 2000.

TROTZIG, M.A.

- «The defective child and the actions for wrongful life and wrongful birth», *Family Law Quarterly*, 1980 (XIV número 1), pp. 15-40.

UREÑA MARTÍNEZ, M.

- «Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1997 (46), pp. 1105-1116 (mg. 1223).

USANDIZAGA BEGUIRISTÁIN, J.A.

- «Problemas éticos y legales en el ejercicio de la profesión obstétrico-ginecológica», en *Tratado de Obstetricia y Ginecología*, Volumen II, Dirigido por J.A. Usandizaga Beguiristáin y P. de la Fuente Pérez, McGraw-Hill Interamericana, Madrid 1999, pp. 577-600.

VICENTE DOMINGO, E.

- *Los daños corporales: tipología y valoración*, Bosch, Barcelona 1994 [citado, *Daños corporales...*].
- «Sentencia del Tribunal Supremo de 8 febrero de 1994», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1994, pp. 519-527 (mg. 931) [citado, «Sentencia...»].
- «El daño», en *Tratado de responsabilidad civil*, Coordinado por L.F. Reglero Campos, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2002, pp. 201-283 [citado, «El daño...»].

VINEY, G.

- *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, Dirigido por J. Ghestin, 2ª edición, LGDJ, París 1995 [citado, *Traité...*].
- «Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion. Cass. ass. Plén., 17 novembre 2000», *JCP (La Semaine Juridique. Édition Générale)*, 2001 (2), pp. 65-66 [citado, «Brèves...»].

VINEY, G. y JOURDAIN, P.

- *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Dirigido por J. Ghestin, 2ª edición, LGDJ, París 1998.

VINTRÓ, E.

- *Hipócrates y la nosología hipocrática*, Ariel, Barcelona 1973.

VRANKEN, B.M.

- «Ausländisches Recht. Anmerkung», *Juristen Zeitung*, 1997 (18), pp. 893-896.

WEBER, D.

- *Arzthaftpflicht für Nachkommenschaftschäden?*, Springer Verlag, Berlin - Heidelberg 1988.

WEBBER, J.

- «Better off dead?», *Monthly Journal of Religion & Public Life*, 2002 (123), pp. 10-12.

WEIR, T.

- «Wrongful life – Nipped in the bud», *The Cambridge Law Journal*, 1982, pp. 225-228 [citado, «Wrongful life...»].
- *A casebook on tort*, 9ª edición, Sweet & Maxwell, London 2000 [citado, *Casebook*].

WHITFIELD, A.

- «Actions arising from birth», en *Principles of medical law*, Kennedy/Grubb, Oxford University Press, Somerset 1998, pp. 650-713.

WIEACKER, F.

- «Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht», en *Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag*, Tomo I, Verlag C.H. Beck, München-Berlin 1965, pp. 783-812.

WINTER, T.

- «Leben als Schaden? Vom Ende eines französischen Sonderwegs», *Juristen Zeitung*, 2002 (7), pp. 330-336.

YZQUIERDO TOLSADA, M.

- *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general*, Reus S.A., Madrid 1989 [citado, *Profesional liberal...*].
- «Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1999, pp. 533-542 (mg. 1354) [citado, «Sentencia...»].
- «La responsabilidad civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate», en *Estudios de Responsabilidad civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Coordinados por R. de Ángel Yáguez y M. Yzquierdo Tolsada, Dykinson-Ciudad Argentina, Madrid 2001, pp. 229-253 [citado, «La responsabilidad...»].
- *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid 2001 [citado, *Sistema...*].

ZANNONI, E.A.

- *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª edición, Buenos Aires, Astrea 1987 [citado, *El daño...*].
- «Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil (con especial referencia a la manipulación genética y fertilización asistida)», en *Derecho de Daños*, Primera Parte, Ediciones La Rocca, Buenos Aires 2000, pp. 619-636 [citado, «Tutela...»].

ZIMMERMANN, R.

- «Kurzbeitrag: "Wrongful life" und "Wrongful birth"», *Juristen Zeitung*, 1997, pp. 131-132.

ZIVIZ, P.

- «Alla scoperta del danno esistenziale», en *La responsabilità extracontrattuale. Le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*, dirigido por P. Cendon, Giuffrè Editore, Milano 1994, pp. 41-69.

ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H.

- *An introduction to comparative law*, Traducido al inglés por T. Weir, 3ª edición, Clarendon Press, Oxford 1998.

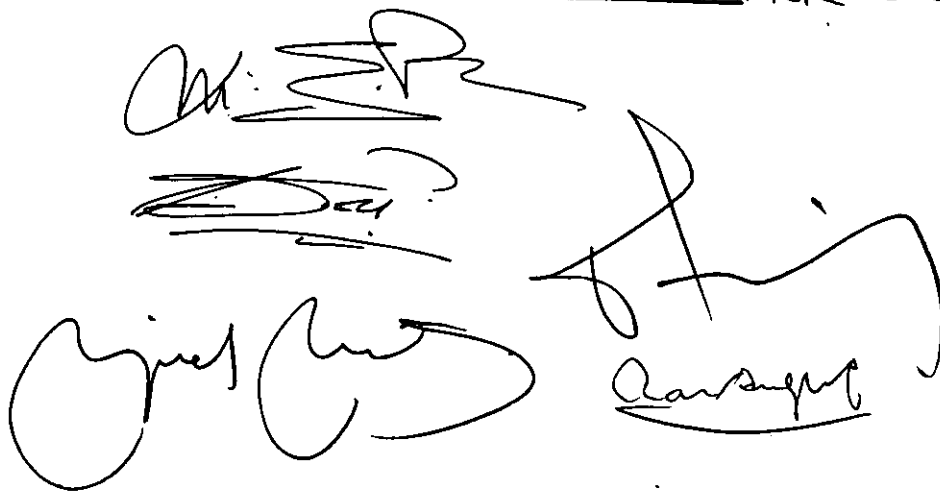
(SIN AUTOR)

- «Note: Wrongful birth actions: the case against legislative curtailment», *Harvard Law Review*, 1987 (8), pp. 2017-2034 [citado, «Note...»].

Reunido el Tribunal que suscribe en el día
de la fecha, acordó conceder a la presente
Tesis Doctoral la calificación de:

SOBRESALIENTE CON LAUDE POR UNANIMIDAD

Madrid: 26 de noviembre 2003

The block contains four handwritten signatures. The top-left signature is a stylized 'M' followed by a horizontal line. Below it is another signature, possibly 'Z. de'. To the right is a large, sweeping signature. At the bottom left is a signature that appears to be 'Gustavo'. At the bottom right is a signature that appears to be 'García'.